تقنين أعمال الهيئات الشرعية

معالمة وآلياته

تأليف

الأستاذ الدكتور / عبد الحميد محمود البعلي

أستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي

رئيس قسم الاقتصاد بكلية الشريعة جامعة

الإمام محمد بن سعود الإسلامية (سابقاً)

المستشار باللجنة الاستشارية العليا للعمل على

استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

الديوان الأميري – دولة الكويت

الفهرس

الفهرس

الفهرس

الفهرس

الفهرس

الفهرس

الفهرس

مقـــدمـــة البحـــث.

يمثل تقنين موضوع " ما " درجة متقدمة في تطوره ومـــدى الإلزام والالتـــزام فيـــه إذ يشـــكل التقنين مرجعية نظـــامية وقـــانونية لهـــذا الموضوع تنظم مســـائله وتحدد القدر المتفق عليه فيه بمـــا يحقق الاستقرار والعدالة في التطبيق والممـــارسات العمـــلية بين الجـــهات المعنية ذات العلاقة وكذلك المتعاملين معهـــا بما يوفر المســـاواة المنشودة في الشـــرع أمـــام القـــانون إذ يوضح القـــانون / التقنين الحقوق والالتزامات المتبـــادلة في شـــأن الموضوع الذى ينظمـــه وهو أمر يحض عليه الشـــرع وتتقبلـــه العقـــول الراجحة دون منـــازعة ومن هنا كان بحث تقنين أعمال الهيئـــات الشـــرعية فـــي المؤسسات المالية والمصرفية والاستثمارية الإســـلامية مطلباً ملحـــاً آن أوانه بعـــد أن حظيت هذه المؤسســـات ذاتهـــا بالنظم القـــانونية آلتي تنظم شـــئونها جميعاً وأصبحت تتمتـــع بحمـــاية تشـــريعية وقانونية قـــائمة.

إذا كان ذلك و كانت الهيـــئات الشـــرعية هى جوهر الأمر في المؤسســـات الإســـلامية وأعظم إنجاز فقهى فيـــها شهده القـــرن العشـــرين وستظل كذلك فإن تقنين شـــئونها كافه يصبح بيت القصيد وضرورة ملحة بخاصة وأن كثيـــراً مـــن شـــئون الهيئـــات الشـــرعية غير متفق عليه حتى الآن ومن أهم ذلك :

- تحـــديد طبيعة عمل الهيئات الشـــرعية وعلاقتها بالمؤسسة التي توجد فيها .
- تحديد شروط ومواصفات أعضاء الهيئات الشرعية واعتمادها بمـــا يـــتلائم مـــع طبيعة أعمال المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية .
- طريقة تعيين / اختيار أعضـــاء الهيئة الشرعية وعزلـــهم وتحديد مكافآتهم ومدة عملـــهم.
- نموذج لائحة الهيئة الشرعية.
- نموذج تقرير الهيئة الشرعية.
- بلورة أعمـــال واختصاصات الهيئة الشرعية.

- وضع الهيئة في البناء التنظيمى للمؤسسة وهيكلـها التنظيمى .
- أنواع الرقـابة التي تمارسها الهيئة ونطاق كل نوع.
- مسـئولية الهيئة الشرعية عن أعمالها وتصرفاتـها وجزاءات تلك المسئولية.
- مسئولية المؤسسة عن عدم التزامها الشرعي و جزاءات تلك المسئولية.
- دور الهيئة الشرعية في العقود الإدارية من الناحية الشرعية.

وغير ذلك من متطلبات وجود الهيئات الشرعية العلمية والعملية في الممـارسة الفعليـة ممـا يجعل الباحث يشعر بنقص حقيقى فيمـا يتعـلق بشـئون الهيئات الشرعية فـي المؤسسـات المـالية والمصرفية والاستثمارية الإسـلامية ومن هنا كانت أهمية هـذا البحث بخاصة وأن كتابنا في الرقـابة الشـرعية في المؤسسـات المـالية الإسـلامية كان أول كتاب وضع في هذا الموضوع منذ وقت مبكر جداً.

هذا فضلاً عن أن فكرة التقنين في ذاتهـا محل جدل بين المؤيدين و المعارضـين وإن كانت المصلحة الشـرعية الراجحة أصبحت تفرض الاتجاه نحو التقنين وضرورة الأخذ به فى هذا الزمان الذى سادت فيه العولمـة كتنظيم قانونى عالمى جديد يتخطى الحدود بنظمه ومؤسسـاته ومن ثم أصبح من المتعين تقنين أعمال الهيئات الشـرعية وشئونها وما يتعلق بهـا كافة كمرجعية شـرعية تمليها المصلحة والحاجة وكأهم معلم من معالم الهُوِيّة الإسلامية في هذا المجـال.

وقد قسمت البحث الي ثلاثة فصول على النحو الوارد به تفصيلاً ختمتها بملحق ضمنته مقترح مشروع منهجية تقنين أعمـال الهيئة الشـرعية يوضح المعالم ويحدد الإطـار ويترك مجالاً للحوار والنقـاش والتخيّز بين البدائل في الجوانب التفصيلية ولكنه يشكل أساساً نعتبره صالحـاً لولوج عملية التقنين المنشودة بإذن ا تعالى .

وا الموفق والمسـتعان ,

المـؤلـف.

أ.د./ عبد الحميد البـعلى

المبحث الأول
معنى القانون والنظام

الفرع الأول : معنى القانون المقصود به :

-القانون بالمعنى العام Droit :

مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع وهو المعنى الذى يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق.

- القانون بالمعنى الخاص Loi :

يراد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين.

فيقال بهذا المعنى قانون الشهر العقارى قانون المحاماة قانون تنظيم الجامعات قـانون الهيئات الشرعية حيث يراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل (١).

والقانون في زمان معين وبلد معين هو Droit positif.

فيقال القانون الوضعي المصري للدلالة على القانون المطبق في مصر حاليا .

* القانون مصطلح نسبى :~

القانون كلمة رومية وقيل فارسية وقيل يونانية الأصل وهى كلمة معربة أو عربت منذ قرون.

- وفي المعجم الوسيط : القانون مقياس كل شيء وطريقه.
- وفي الاصطلاح : أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته التى تعرف أحكامها منه.(٢)
- وفي المُنْجد : القانون مجموعة الشرائع والنظم التى تنظم علاقات المجتمع سواء من جهة الأشخاص أو من جهة الأموال وهى كثيرة.

- ونقصد بالنسبية في مصطلح القانون أنه بحسب ما يضاف إليه ويحتوى عليه :
فإذا أضيف إلى أحكام من وضع البشر لتنظيم شئون حياتهم وعلاقاتهم أموالا وأشخاصا ودولاً أطلق عليه " القانون الوضعى ".

وإذا أضيف إلى أحكام مستمدة ومستنبطة من الشريعة والفقه الإسلامى لتنظيم شـئون البشر في حياتهم وعلاقاتهم أموالا وأشخاصا ودولا أطلق عليه " القانون الشرعى ".
ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأساس استعمل الفقهاء والمفسرون القـدامى مصـطلح " قانون " كالفقيه المالكى ابن جزى في كتابه : " قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ".

كما استعمله الفيلسوف الطبيب الفقيه ابن رشد ، وكذلك الماوردى والقاضى أبو يعلى ، والإمام أبو حامد الغزالى والمفسر الشهير الفخر الرازى.

وفي هذا المعنى يقول العلاّمة شيخنا المرحوم محمد سلام مدكور (٣) ، " وأصـبحت قوانين التشريع كلها فقها أساسه الدين ".

الفرع الثاني : التأليف في قوانين العلوم الإسلامية :

* لقد جرى التأليف في القـوانين المختلفة للعلوم الإسلامية ، فهناك :
- شرح قانون ابن سينا في الطب – لأبى الفرج الملطى.
- قانون الإسلام في الفضائل الإسلامية – تأليف جعفر بن الشريف علـى القريشـى الهندى الغولغوندى في سنة ١٢٥٠.
- قانون الحساب وغُنية ذوى الألباب – لنور الدين على القلصبادى.
- قانون الحكماء وفردوس الندماء – لسدير الدين محمود بن عمر المعـروف بـابن رقيقة – المتوفى سنة ٦٣٥.
- قانون الحكم في ديوان سيد العرب العجم.

- قانون الرشاد في تدبير النفوس والأجساد - تأليف عمر الشقائى.
- قانون السلطنة لغياث الدين منصور بن صدر الدين الشيرازى.
- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف – تأليف محمد قدرى باشـا المصرى المتوفى سنة ١٣٠٦م.
- قانون العلوم – لنور الدين حسن بن مسعود اليوسفي المغربي المالكي متوفى عـام ١١١١م.(٤)
- قوانين الطب – نصير الدين الطوسى.
- علم قوانين الكتابة – للعلامة أبو الخير (٥).
- قانون الأدب في ضبط كلمات العرب – لأبى لأى الفضل حبيش بن ابـراهيم بـن محمد التفليسى.
- قانون التأويل – لابن العربى ت ٥٤٦.
- قانون الحكماء وفردوس الندماء- لابن رقيقة.
- قانون الصلاحي في أدوية النواحي – لأبى الفتح محمد بن سعد الديباجى ت٦٠٩.
- القانون في الحساب – لأبى الحسن على بن محمد القلصادى الأندلسى ت٨٩١.
- القانون في النحو – المعروف بالمقدمة الجزولية.
- القانون في فروع الحنفية – للإمام نصر الدين قاسم بن يوسف السمرقندى الحنفي.
- القانون المسعودى في الهيئة والنجوم – لأبى الريحان محمد بن أحمد الخـوارزمى ت٤٣٠.
- قانون الوزارات – لأبى الحسن على بن محمد البصرى الماوردى الشافعى ت٤٥٠.

* يقول الإمام أبو حامد الغزالى في الإحياء :~(٦)

" خلق ا الدنيا زاداً للمعاد ليتناول منها ما يصلح للتزود ، فلو تناولها بالعدل لانقطعت الخصومات وتعطل الفقهاء لكنهم تناولوها بالشهوات فتوالدت منها الخصومات فمسـت الحاجة إلى سلطان يسوسوهم ، واحتاج السلطان إلى قانون يسوسهم به ، فالفقيـه هـو العالم بقانون السياسة وطريق التوسط بين الخلق إذا تنازعوا بحكم الشهوات ..".

- يقول الإمام القرافى :~

" واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع بل تشهد لـه الأدلة وتشهد له أيضا القواعد الشرعية من وجوه :

أحدها – أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية لقوله صلى ا   عليه وسلم " لا ضرر ولا ضـرار " وترك هذه القوانين يؤدى إلى الضرر...

واعتبر القرافى رحمه ا   أن الصحابة رضوان ا   عليهم أجمعين عملوا أمورا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو : كتابة المصحف ، وولاية العهد من أبى بكـر رضى ا   عنه ، وكذلك ترك الأمر شورى بين ستة ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين ، وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحـد ، وتجديـد آذان الجمعـة بالسوق ، مما فعله عثمان رضى ا   عنه وغير ذلك كثير جداً.
- ثم قال رحمه ا   تعالى :

فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية لما شهدت لها القواعد بالاعتبار فـلا تكون من المصالح المرسلة بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية ، وأن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه ..." (٧)

* النظام يرادف القانون :~(٨)

يقصد بكلمة النظام باللغة العربية القاعدة المطردة ، أى المستمرة وفقا لنسق ثابت. وفي هذا المعنى يقال : نظام تعاقب الليل والنهار ، ونظام الطفو على الماء ، ونظام الجاذبية الأرضية. ومن هنا نجد أن لكل شيء نظاما معينا يحكمه ، فنظام الأخلاق هو الخير ، ونظام العدالة هو الحكم بين الناس بالقسط. أما في الاصطلاح فتعدد مفـاهيم النظـام

ودلالاته وفقا للحالات التي يستخدم فيها ، فقد يستخدم في مجال وصف الحالة أو الأمر مدار البحث ، فيعرف عندئذ بأنه ترتيب منطقى للأشياء أو المعطيـات أو المبـادئ أو الأفكار. وقد يطلق لفظ النظام على تلك القرارات الإدارية التـى تصـدرها السـلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء ، لتنظيم سير العمل في مختلف أجهـزة الدولـة أو بجهاز معين فيها وتخضع تلك القرارات في الغالب لرقابة السلطة التشريعية و القضائية وهى تأتي ترتيبا أدنى من القانون من حيث قوة الإلزام وأعلى درجـة مـن اللـوائح والتعليمات.

كما يراد بالنظام مجموعة مترابطة من الأجزاء المتكاملة والمتعاونـة ولهـا وظـائف محددة وبينها علاقات منتظمة والتى تشكل بمجموعها كلا موحـدا وهادفـاً ، وتقـيم علاقات متبادلة مع البيئة المحيطة به ، وأى تغيير في أى جزء منه يؤثر علـى بـاقى الأجزاء ، ومن أمثلة النظام ، المنظمة الإدارية ، المصنع ، الدولة ... الخ.

ويراد به أيضاً تلك القواعد السلوكية التي تحتوي على النواهي والأوامر أي ما يجـب الامتناع عنه من تصرفات وما يجوز القيام به اختيارا من أعمال و ما لا ينبغي فعلـه بحال. و النظام بهذا المعنى يطلق على كل القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع و تنظم علاقاتهم تنظيما عادلا يكفل لهم حرياتهم و يحقق الخير العام لهـم والتي يتعين عليهم الخضوع لها و لو بالقوة إذا اقتضى الأمر ذلك . و في العادة تتخـذ هذه القواعد شكل اللوائح التي تساعد التنظيم عندما يصير في حال حركة على الطريق إلى أهداف الجماعة. و على هذا الأساس فإن المنظمة أو المنشأة التي تتسـم بحسـن النظام هي تلك التي تطاع فيها التعليمات ، و لكي تطاع التعليمات يجب أن تكون قابلة للتنفيذ و مقنعة لمن سوف يقومون بها وتتوخى مصالح الجماعـة ولا تتضـارب مـع المصالح الفردية و أن تكون سليمة و متفقة مع القانون و المثل العليا مصداقا للقاعـدة الشرعية الشهيرة (لإطاعة لمخلوق في معصية الخالق).

المبحث الثاني
معنى التقنين والمقصود به

الفرع الأول : المقصود بالتقنين :

- التقنين في اللغة : جاء في المعجم الوسيط (٩) : قنْنَ وضع قوانين.
القانون : مقياس كل شيء وطريقه . وهى كلمة رومانية وقيل فارسية.
* وفي الاصطلاح : أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته التى تتعرف أحكامها منه.
وجاء في المنجد (١٠) القانون (ج) قوانين : مجموعة الشرائع والنظم التى تنظم علاقات المجتمع سواء كان من جهة الأشخاص أو من جهة الأموال.
وجاء في التعريفات للجرجانى (١١) :
القانون كلي منطبق على جميع جزئياته التى يُتعّرف أحكامها منه.

الفرع الثاني : من تعريفات المعاصرين :

* ومن تعريفات المعاصرين للتقنين ما يلى :
عرّفه البعض (١٢) : أن تصاغ الأحكام في صورة مواد قانونية مرتبة مرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية .. وذلك لتكون مرجعا سهلا محددا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون.

وعّرفه البعض (١٣) بأنه :
صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها ..

وعرفه البعض (١٤) بقوله : يقصد بالتقنين تجميع القواعد والأحكـام فـي مجموعـة تشريعية يتضمنها قانون معين وبمعنى آخر إدماج القواعد القانونية وترتيبها في مدونة واحدة تصدر عن السلطة التشريعية وذلك على شكل تشريع عادى يضم القواعد التـى تحكم نشاطا معينا كالقانون التجارى .. الخ.

والتعريف الذي نراه أكثر دقة للتقنين على ما يبدو لنا هو :
الصياغة الفنية للأحكام الفقهية المستنبطة في المجالات المختلفة في شكل مواد قانونيـة يتقيد بها المخاطبون بأحكامها.

ومن المهم أن نبين أن التقنين (القانون) تشترك فيه عدة صناعات فنية متخصصة هي:
- صناعة الفقه .
- صناعة القضاء.
- صناعة التقنين وصياغته.

وذلك حتى يحقق التقنين الوظيفة الأساسية له : وهى وضع الأحكام الفقهية في شـكل قانونى في متناول جميع الناس عامتهم وخاصتهم ، وبذلك يحل القانون الفقهـي محـل القانون الوضعى الذى احتل مكان الشريعة غصبا.

المبحث الثالث
التقنين في الميزان

الفرع الأول : المآخذ على عملية التقنين :

- المآخذ على عملية التقنين تتعلق بمآلاتها المظنونة :~

إن عملية التقنين أى صياغة الأحكام الفقهية في شكل قانون على نحو ما سبق لم تسلم من النقد ومن أبرز وأهم ما قيل في رفض التقنين ما يلى :

١- تقييد القاضى برأى واحد معين هو الذى يختاره واضعوا القانون والإلزام بها ، ومن ثم غل القاضي عن التنقيب والبحث والرجوع إلى مصادر الشريعة وبالتالى الجمود على النصوص المقننة.

٢- ما قد ينتاب القانون من قصور عن الوفاء بالحاجات العملية أو عدم ملاءمتها بسبب تغير الأحوال والأوضاع والظروف.

٣- هذا وذاك ينتج عنه إيقاف حركة البحث والاجتهاد.

الفرع الثاني : مزايا التقنين :

* مزايا التقنين مصالح شرعية :~

- من المسلم به أن :

١- الأحكام الشرعية مبثوثة في كتب الفقه ومذاهبه العديدة مما يرتب صعوبة شديدة في الرجوع إليها.

٢- الفتاوى والأقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد بحسب تباين الإفهام في المسألة الواحدة ، واجتهاد كل مجتهد ، وعلمه ، وخبرته.

٣- الشروح والحواشي تصنف على متون كتب الفقه والمختصرات.

* وعلى ضوء ذلك فإن التقنين تحصل معه المزايا التالية :~

١- تصبح معه الأحكام مضبوطة واضحة يسهل الرجوع إليها . ويتركـز الاجتهـاد المطلوب فيها في سلامة تطبيقها على الوقائع المعقدة والمتغيرة.
٢- وحدة الأحكام القضائية والتى بدونها يكون الاضطراب في الأحكام وتـأثر الثقـة بالمحاكم ومن ثم بالنظام القضائى.
٣- سرعة الفصل في المنازعات وهو مطلب مُلح في هذا العصـر تزاحمـت فيـه الأقضية والدعاوى.
٤- يشكل التقنين دافعا قويا لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن ومن ثم نوعا من الاستقلال التشريعى المطلوب.
٥- سهولة رجوع الناس جميعا بمختلف ثقافاتهم إلى التقنين والاطلاع علـى مـواده وتوفر العلم المسبق لدى المتقاضين بحكم القانون ومن ثم لا ينفـر النـاس إلـى القوانين الوضعية.
٦- إن تقنين أحكام الفقه الإسلامى تتـويج للاعتـراف الـدولى بالقيمـة الحقوقيـة والتشريعية للفقه الإسلامى التى تم الاعتراف بها فى :
   - مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧م
   - مؤتمر المحامين الدولى في لاهاى ١٩٤٨م.
   - المؤتمر الدولى للقانون المقارن بباريس سنة ١٩٣٢م.
   - أسبوع الفقه الإسلامى بجامعة باريس سنة ١٩٥١م.
   - ندوة التشريع الإسلامى في الدار البيضاء بليبيا سنة ١٩٧٢م.
   - ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية في سنة ١١٩٧٣م.
   - ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون بالجامعات العربية بجامعة بغداد فـي سنة ١٩٧٤م وسنة ١٩٧٥م.
٧- إن التقنين بداية صحيحة وعملية لنهضة تشريعية كبرى لكونه :

- أساساً لوحدة القوانين والنظم.
- أساساً التواصل الفكري وتلاقيه لدى علماء الأمة العربية والإسلامية.
- أساس لوحدة النظام القضائى.
- أساس الوحدة الثقافية والعلمية.
- أساس الوحدة السلوكية للأمة.

* الترجيح :~

- لهذه المزايا الواضحة المذكورة . والعيوب المظنونة المردودة بما يلي :

١- إن القانون نفسه يحدد المصادر التى يرجع إليها القاضى عند عدم النص أو الحكم القانوني ومن ثم فلا خوف من أن ينقطع القاضى عن الفقه ومصادره ويحسن هنا إبراز مسألتين هامتين هما : الإحالة في التقنين ، والتخيّر من أحكام الفقه.

أولا : الإحالة في التقنين :~

في حالة نقص التشريع فتحيل القاضى إلى أحكام الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه ، فإن لم يجد لجأ إلى العرف ومن القواعد الشرعية :

- " أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص " (م٤٥ من مجلة الأحكام العدلية).
- " العادة محكمة " (م٣٦ عدلية).
- " استعمال الناس حجة يجب العمل بها " (٣٧ عدلية)

وبهذا أخذ القانون المدنى الكويتى بعد تنقيحه على ضوء أحكام الفقه الإسلامى بالقانون رقم ١٥لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام المرسوم بقـانون رقـم ٦٧ لسـنة ١٩٨٠م بإصدار القانون المدنى إذ نص في مادته الأولى على :

١- تسرى النصوص التشريعية على المسائل التى تتناولها هذه النصوص بمنطوقهـا أو بمفهومها.

٢- فإن لم يوجد نص تشريعى حكم القاضى وفقا لأحكام الفقه الإسلامى الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها . فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف.

ثانياً : التخيّر عند ابن فرحون (١٥) :~

الركن الثانى من أركان القضاء وهى المقضى به :

(تخيّر القاضي من أقوالهم – الفقهاء – ولا يخالفهم جميعا ...).

٢ - إن تطبيق القانون يحتاج من القاضى إلى فهم وتأمل ودراسة للوقائع وتقصى لها ومن ثم فلا خوف من الجمود للنص أو للقاضي .

٣ - إن إلزام القاضي وتقييده بالقانون أمر تفرضه الضرورة العملية لحالة عـدم القدرة على الاختيار والترجيح وانقضاء عصر القاضى الفقيه المجتهد.

لكل ذلك : يترجح لدينا ولدى كل بصير منصف ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسـلامى بفروعه العملية المختلفة ومن ثم أعمال الهيئات الشـرعية فـي المؤسسـات الماليـة الإسلامية .

المبحث الرابع

خصائص التقنين المنشود وتأصيله الشرعي

الفرع الأول : ضرورة التقنين :

التقنين ضرورة عصرية :~

إن من أهم العقبات المعاصرة في سبيل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الكثير من المجتمعات العربية والإسلامية هو : عدم تقنينها في كل صعيد .

لذلك أصبح التقنين من أهم مظاهر سياسة البدائل الشرعية للقوانين الوضعية :

والتقنين يؤكد صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في كل زمان ومكـان مـع تغيـر الأوضاع والظروف والأحوال عما كانت عليه في العصور الماضية :

فلقد تغيرت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدولية .. الـخ ، وأصـبح التقنين ضرورة تؤكد أن الشريعة قادرة على قيادة ركب الحياة ولكن بشـروط نراهـا واجبة تتمثل فيما يلي :

* خصائص التقنين المنشود وما يجب مراعاته فيه :

من أهم ما ننشده في التقنين المعاصر مراعاة ما يأتى :

١- ألا يلتزم القانون مذهبا واحدا معينا حتى يتسنى الانتفاع بهذه الثروة الفقهية الزاخرة دون تعصب.

٢- التخّير من بين مذاهب الفقه الإسلامي ما هو أوفـق لمقاصـد الشـريعة وأنسـب لمراعاة مصالح الناس وأدعى لرفع الحرج والمشقة وأرفق بالعباد ، والتخّير صدر به قرار مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الأول سنة ١٩٦٤م بالقاهرة.

٣- النظر المتجدد في القانون على ضوء التطبيق العملى ومتطلبات الواقـع حتـى لا يجمد النص دون تحقيق مصالح الناس.

٤- ضرورة إحياء الاجتهاد والدراسات المقارنة على مستوى المذاهب الفقهية العديـدة وعلى مستوى القوانين والنظم العالمية بقصد التأصيل والتنظير والتطوير.

الفرع الثاني : التأصيل الشرعي :

* التقنين وتأصيله الشرعى :

يقوم التقنين على مجموعة من الأدلة الشرعية والاعتبارات العملية من أهمها :

- أولا : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (١٦) والسياسة الشرعية :

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة :

قاعدة شرعية شهيرة يوجد أصلها في كلام الإمام الشافعى – رحمه الله – بأن : منزلة الوالى والإمام من الرعية منزلة الولى من اليتيم ، ثم اشتهرت عند كثير مـن الفقهـاء باعتبارها قاعدة. والأصل الأصيل لها في كلام الخليفة الراشد عمر بـن الخطـاب – رضى الله عنه – إذ قال : إنما أنا وما لكم كولى اليتـيم إن اسـتغنيت اسـتعففت وإن افتقرت أكلت بالمعروف(١٧).

وهذه القاعدة المهمة ذات علاقة وثيقة بالسياسة الشرعية في أحوال الراعى والرعيـة ولها سند من كتاب الله عز وجل ومن السنة النبوية المطهرة.

يقول الله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين النـاس أن تحكموا بالعدل " النساء / ٨٥.

قال القرطبى (١٨) : هذه الآية من أمهات الأحكام تضمنت جميع الـدين والشـرع ، فالأمانات تتضمن الولايات كلها ، ووجوب قيامها على العدل ووزن الأمور بالقسطاس المستقيم ، وهذا مطلق المصلحة وضرورة تحقيقها كما يفهم من كلام الإمـام القرافـى المالكى (١٩).

ومن مدلولات هذه القاعدة وفوائدها توجيهات المشاورة والحكمة فكلاهما يتضمن رعاية المصالح والوصول إلى ما هو أنفع وأصلح للرعية.

وقد أثبت الواقع وظروف الزمان والأحوال أن الأخذ بمبدأ التقنين تقتضيه بـل تمليـه المصلحة الشرعية ومصلحة الرعية مطلوب تحقيقها والتصرف بمقتضاها منوط بالحكم مستشيراً مستنيراً برأى العلماء الثقات المجتهدين العاملين ثم العزم فيها ، العلماء الثقات الذين لهم بصروفهم مستوعب للواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع كما يقـول ابن القيم رحمه ا (٢٠).

ونخلص إذن إلى أن التقنين مصلحة شرعية والعمل به وتطبيقه من قبيـل السياسـة الشرعية الرشيدة وذلك ثابت بالاستقراء والواقع وظروف الحال والزمان.
ويشهد للمصلحة الشرعية بالاعتبار :~

كتابة المصحف وتدوين الدواوين وضرب السكة للمسلمين وغير ذلك كثير جدا.
قال ابن تيمية في السياسة الشرعية (٢١) : " الواجب تحصـيل المصـالح وتكميلهـا وتعطيل المفاسد وتقليلها فإذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهـا ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناها هو المشروع ".

وقال ابن عقيل : السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عـن الفساد وإن لم يضعه الرسول صلى ا عليه وسلم ولا نزل به وحى.

ثانيا : طاعة ولى الأمر واجبة (٢٢) فيما ليس بمعصية :~
طاعة ولى الأمر واجبة بالآية الكريمة وهي قوله تعالى :
" يا أيها الذين آمنوا أطيعوا ا وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ". النساء / ٥٩

والإمام القرافي (٢٣) رحمه ا – يحكى إجماع الأئمة قاطبة على أن حكم ا تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد وإن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة ويحرم على كل أحد نقضه.

ويترتب على ذلك أنه يجوز لولى الأمر إلزام القاضى بحكم معين من بين أقوال الفقهاء أخذا بالسياسة الشرعية لمصلحة الأمة(٢٤).

- ثالثا : التقنين وضع الأحكام الشرعية موضع الإعمال والتطبيق :~

يقول ا تعالي:

" اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا " المائدة /٣.

ومن دلالات هذه الآية الكريمة أن ا سبحانه وتعالى أعلن للناس إكمال العقيدة والشريعة وأن إرتضاء ا سبحانه وتعالى الإسلام دينا لهم يقتضى منهم ابتداء أن يدركوا قيمة هذه الاختيار ثم الحرص على استقامة هذا الدين جهد ما في الطاقة من وسع واقتدار، وهذه الاستقامة تقتضى إعمال الأحكام وتطبيقها ومن الوسائل المعاصرة لذلك " التقنين " رفعا للحرج ودفعا للمشقة بقوله تعالى : " وما جعل عليكم في الدين من حرج " الحج /٧٨.

كل ذلك في إطار من العمل على التحرر من ربقة التشريعات الوضعية ومن أجل تطبيق الشريعة الإسلامية ووضعها في موضوع التنفيذ " بالتقنين " إذ أن قضية التطبيق لا خيار فيها لقوله تعالى: " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى ا ورسوله أمرًا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص ا ورسوله فقد ضل ضلالا بعيدا ". الأحزاب / ٣٦ .

وإذا كانت الأحكام الشرعية مستقر المصالح ، وجب الاجتهاد في معرفة مناط تطبيق الأحكام و شرائطه ، و إلا أفضى الأمر إلى مفسدة بحال من الأحوال ، ومن هنا "وجب التقنين" لرفع الحرج و نفي الضرر و كلاهما – الحرج و الضرر – منهي عنه .

المبحث الخامس
جوهر التقنين الإلزام وتأصيله

تصدير :

الفرع الأول : طبيعة القوانين والأصل فيها :

* طبيعة القوانين الإلزام :

تعتبر القوانين بطبيعتها ملزمة تتطلب الانصياع لها وتنفيذها ، ويتم ضمان الانصياع للقانون عن طريق تضمين القانون جزاءات تفرض على من يخالفه ويجب أن تصاغ أحكام الجزاءات بوضوح حتى تطبقها المحاكم بيسر وسهولة.

* أشهر الرسائل في ذلك رسالة عمر بن الخطاب في القضاء إلى أبى موسى الأشعرى :~

من عبد ا عمر أمير المؤمنين إلى عبد ا بن جراح أبى موسى الأشعرى سلام عليك أما بعد .

فإن القضاء فريضة محكمة وسّنة متبعة ، فافهم إذا أُدلى إليك وأنفذ إذا تبين لك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

وآس (٢٥) بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك .....
البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ....
والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً ...

ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك وهُديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء والرجوع إلى الحق خير من التمادى في الباطل.

ومن ادعى حقا غائبا أو بيّنه فاضرب له أمدا ينتهى إليه فإن بينه أعطيته بحقـه ، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فإن ذلك أبلغ للعذر وأجلى للعمى.

الفهم .. الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثـم قـايس الأمور عندئذ واعرف الأشباه والأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أقر بها إلى ا وأشبهها بالحق.

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلى مُجرباً عليه شهادة زور أو مجاوداً في حد أو ظنينا في ولاء أو قرابة ، فإن ا تولى من عباده السرائر وستر علـيهم الحـدود إلا بالبينات والأيمان. وإياك والغضب و القلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكـر عنـد الخصومات .. فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب به الأجر ويحسن به الـذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه ا ما بينه وبين الناس ...

ومن تزيد بما ليس في نفسه شانه ا ، فإن ا تعالى لا يقبل من العباد إلا مـا كـان خالصا ، فما ظنك بثواب عند ا في عاجل رزقه وخزائن رحمته (٢٦).
والسلام عليكم ورحمة ا

الفرع الثاني : التأصيل المبكر للتقنين :

* وجوه أهمية رسالة عمر في القضاء والتأصيل المبكر للتقنين :-

ومما يُبرز أهمية رسالة عمر بن الخطاب (رضى ا عنه) إلى أبى موسى الأشـعرى فيما نحن بصدده من التقنين أحكام الفقه ما يأتى :

١- إن القضاء ضرورة وفريضة محكمة وسنّة متبعة.

٣- الإلزام بالحكم لقوله رضى ا عنه" فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له " وفي هـذا يقول ابن القيم (٢٧) : " فهو تحريض منه على العلم بالحق والقوة على تنفيذه وقد مدح ا سبحانه وتعالى أولى القوة في أمره والبصائر في دينه فقال : " واذكـر عبدنا إبراهيم وإسحاق ويعقوب أولي الأيدي والأبصار ".(٢٨) فالأيدي القوة على تنفيذ أمر ا ، والإبصار : البصائر في دينه (إ.هـ).

وهنا تثور المقابلة التالية بين :~

- الإلزام بحق استنبطه القاضى الفرد باجتهاده، وقد يختلف فيه مع غيره من القضاة .
- والإلزام بحق استنبطه المجتهدون وتخيره واضع القانون ، وسنه ولى الأمر وألزم به القضاة جميعا ليلزموا به الناس في أحكامهم.

أيهما أقرب إلى ا وأشبه بالحق وأدعى لتحقيق العدل بين الناس والمساواة بينهم فيـه حتى نتبعه ونعمد إليه حتى لا يطمع شريف في حيف (٢٩) القاضي ولا ييأس وضـيع من عدله كما يشير الفهم الصحيح والدقيق لنص رسالة عمر (رضى ا عنه) حـين قال :

" وأعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمور بعضها ببعض فانظر أقربها إلى ا وأشبهها بالحق فاتبعه وأعمد إليه " (٣٠).

لا شك عندنا أن الفهم الصحيح والدقيق لرسالة عمر بن الخطاب(رضى ا عنه)يشير إلى أن قاعدة الإلزام التى قررها عمر بن الخطاب(رضى ا عنه) في رسالته حـين قال : "فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ".

هذه القاعدة :أولي بالتطبيق في إلزام القضاة أنفسهم – في زماننا- بأحكام الفقـه التـي استنبطها المجتهدون أساساً وتخّيرها واضع القانون(التقنين) ، وسّنها ولي الأمر ، ليلزم القضاة الناس بها في أحكامهم ! وذلك دون إلغاء لشخصية القاضي في : فهم الـنص ،

ومقتضاه ودلالته ، وتطبيقه التطبيق الصحيح علي الوقائع والحوادث المعروضة عليـه والمطروحة أمامه .

الفرع الثالث : من أقاويل الفقهاء في الإلزام :

الإلزام بالتقنين / الحكم الفقهي في أقاويل الأئمة الفقهاء:
جوهر التقنين إلزام القاضي بالقضاء بالحكم الفقهي الذي يفرضه التقنين الذي يصـدره ولى الأمر ويأمر بتنفيذه .

- قال ابن عابدين الحنفي :
" القاضي لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه ما لم يقيده السلطان بمذهب خاص "(٣١).
وقال أيضا نقلا عن شرح الوهبانية للشرنبلالي إنه :

"لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه وأنه متـى حكم بغير ما قُيد به فحكمه عن الشرنبلالي غير صحيح لكونه معزولا عنه (٣٢).
قال ابن فرحون المالكى :

قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى : أخبرنى القاضى أبو الوليد الباجى أن الـولاة كـانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدوه ... وهذا الذى ذكره الباجى عن ولاة قرطبة ورد نحوه عن سحنون .."(٣٣)

قال الماوردى الشافعى :~
"وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره ... لما يتوجه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام وإذا حكم بالمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضـى للخصوم "(٣٤).

قال البهوتى الحنبلى :~

"قال الشيخ تقي الدين : العامى عليه أن يلتزم مذهبا معينا يأخـذ بعزائمـه ورخصـه "(٣٥).

ومن القائلين بالإلزام من المعاصرين :~

المرحوم الشيخ على الخفيف إذ قال :

"يكون لولى الأمر أن يختار من المذهب ما تطمئن له نفسه ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره ولأن ولاية الحكم له ابتداء فإن الحكم يكون على وفق مـا اختـاره ولأن القضاة نوابه وخلفاؤه فله إلزامهم بما اختاره ورجحه وليس لهم مخالفتـه فـي ذلـك ..."(٣٦).

المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة إذ قال :~

"ونحن نرى أن استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمرا سائغا فقط بل أصبح واجبا محتوما لأننا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحية مؤديا إلى أن يدخل بلادنا قانون أجنبى لم ينبع من الإسلام ولم يتفق معه وبين أيدينا العبر .."(٣٧).

المرحوم الشيخ حسنين مخلوف حيث قال :~

" ولا شك أن في تقييد القضاء الشرعى بأحكام مستمدة من المذاهب الفقهية المدونة ... ومفرغة في قالب قانونى منسق محكم ضمانا لتحقيق العدالة وتيسـيرا علـى القضـاة وطمأنينة للمتقاضين وبعدا عن مظان الريب ونوازع الشهوات ،وذلك كلـه مصـلحه ظاهرة توجب شرعاً أن نسلك في هذا الزمن بالأحكام الفقهية العملية مسـلك التقنـين المحترم الواجب التطبيق".

المبحث السادس
الجهود المبذولة في سبيل التقنين وتصنيفها

إن الجهود المبذولة في سبيل تقنين أحكام الفقه الإسلامى قديمـة وحثيثـة ومسـتمرة ويمكننا تصنيفها إلى ما يلي :~

الفرع الأول : المحاولات الفكرية :~

١- محاولة ابن المقفع مع أبي جعفر المنصور :~

وجه ابن المقفع رسالة إلى الخليفة أبي جعفر المنصور جاء فيها : " ومما ينظر أميـر المؤمنين فيه من أمر هذين المصدرين وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هـذه الأحكام المتناقضة التى قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الـدماء والفـروج والأمـوال فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ، ويكون مثل ذلك الاخـتلاف فـي جوف الكعبة فيستحل في ناحية ما يحرم في ناحية أخرى .. فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسَير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها في كل قضية رأيه الذى يلهمه ا ويعزم له عليه وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتابا جامعا عزما لرجونا أن يجعل ا هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكمـا واحـداً صـواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السَير قربة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسـانه ..."(٣٨)

٢- محاولة الخليفة أبى جعفر مع الإمام مالك :~

قال الخليفة للإمام "يا أبا عبد ا ضع هذا العلم ودونه ودون منه كتابا وتجنب شـدائد عبد ا بن عمر ورخص عبد ا بن عباس وشواذ بن مسعود وأقصـد إلـى أواسـط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة رضى ا عنهم لنحمل النـاس إن شـاء ا على علمك وكتبك ونبثها في الأمصار ونعهد إليهم ألا يخالفوها ولا يقضوا بسواها ".

وردّ الإمام مالك قائلا :" أصلح ا الأمير إن أهل العراق لا يرضون علمنا ولا يرون في علمهم رأينا ".

فردّ الخليفة عليه قائلا :"يُحملون عليه وتضرب عليه هاماتهم بالسيف وتقطـع طـي ظهورهم بالسياط فتجعل بذلك وضعها ..." (٣٩).

ولكن الإمام مالك رحمه ا لم يقّر الخليفة على ذلك وقال" لا تفعل يا أمير المؤمنين فقد سبقت الناس أقاويل وسمعوا أحاديث وأخذ كل قوم بما سبق إليهم فدع الناس وما اختار كل بلد لأنفسهم " .

وفي رواية أخرى أنه قال له : " إن أصحاب الرسول صلى ا عليه وسلم تفرقوا فـي الأمصار وعند كل قوم علم فإن حملتهم على رأى واحد تكون فتنة " (٤٠).

وبهذا الجواب اقتنع المنصورو عدل عن عزمه . وتُذْكر القصة على أنها بين الرشـيد ومالك (٤١).

٣- محاولات إقليمية أخرى :~

* في مصر وفي ليبيا وفي المملكة العربية السعودية على النحو التالى :
  ففي مصر كانت محاولات قدرى باشا حيث وضع :

(أ) كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشـرعية علـى غرار التقنيات الحديثة.

(ب) كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

(ج) قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف.

* وفي ليبيا قام المرحوم الشيخ محمد محمد عامر بوضع قواعد فقه المذهب المالكي في المعاملات المالية في صورة مواد قانونية تحت عنوان : ملخـص الأحكـام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية.

* وفي المملكة العربية السعودية قام المرحوم الشيخ أحمد القـارى بصـياغة فقـه المذهب الحنبلى في المعاملات المالية في مجلة الأحكام الشرعية.

* وفي تونس وضع المستشرق الإيطالى سانتيلانا مشروع : مجلة الالتزام والعقـود التونسية من الشريعة الإسلامية فيما بين عامي ١٨٩٦ و ١٩٠٦م.

٤- ما ألّفه رجال القانون في الدراسات الفقهية المقارنة :~

- في القانون الدستوري مثل : أ . د . عبد الحميد متولى و أ. د. محمد عزة دروزه.
- في القانون الإدارى مثل : أ.د ثروت بدوى و أ.د سليمان الطماوى.
- في القانون الجنائى مثل : أ.د مأمون سلامة أ.د محمود نجيب حسنى.

٥- في المملكة العربية السعودية يوجد :~

* قسم للقانون بكلية العلوم الإدارية بجامعة الملك سعود .
* شعبة النظم بكلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبد العزيز .

- الفرع الثاني : النص على التقنين في الوثائق الرسمية لـبعض الـدول العربيـة الإسلامية:~

الإسلام دين الدولة والشريعة مصدر رئيسى للتشريع :

إن عملية التقنين لأحكام الفقه الإسلامي تجد مستندها الرسمى الآن فيما تـنص عليـه الدساتير والوثائق الرسمية من أن الإسلام دين الدولة وأن الشريعة الإسلامية مصـدر رئيسى للتشريع.
فمن المسلم به والمجمع عليه والمعلوم من الدين بالضرورة أن الإسلام دين ودولة ومن ثم فلا فصل بين الدين والدولة على خلاف النصرانية التي تقوم على عكس ذلك وهـو الفصل بين الدين والدولة.

فقد ورد في إنجيل مرقص (٤٢) : " أعطوا ما لقيصر لقصير وما ".

وجاء في إنجيل لوقا (٤٣) : " وقال له واحد من الجمع :يا معلم قل لأخى أن يقاسمنى الميراث فقال له: يا إنسان من أقامنى عليكما قاضيا أو مقسما ، وقال لهـم : انظـروا وتحفظوا من الطمع ".

* الدساتير العربية وعدم الفصل بين الدين والدولة :~

١- فالدستور الكويتي ينص في مادته الثانية علـى أن : ديـن الإسـلام والشـريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع.
٢- والدستور المصري ينص في مادته الثانية على أن : دين الدولة الرسمى الإسـلام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع.
٣- الدستور السوداني جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لقوانين الدولة.

٤- الدستور السورى ينص في مادته الثانية على أن : الفقه الإسلامى هـو المصـدر الرئيسى للتشريع.

ومعنى مصدرية الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى للتشريع هـو تقنـين أحكـام الشريعة والفقه ووضعها في شكل قانون أو قوانين.

٥- في مؤتمر وزراء العدل العرب في صنعاء باليمن فبراير ١٩٨١م صـدر إعـلان صنعاء باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسى الوحيد لقوانين الدولة العربية وتشريعاتها المدنية والتجارية والجنائية.

٦- في الاجتماع الأول لوزراء العدل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربيـة فـي ديسمبر ١٩٨٢م تقرر ما يلى :

١- فيما يتعلق بمصادر التشريع وأسس القضاء بدول المجلـس فقـد اتفقـت الـدول الأعضاء على أن تكون من الشريعة وحدها.

٥- انسجاما مع ما ورد في المادة الرابعة (٤٤) من النظام الأساسى لمجلس التعـاون لدول الخليج العربية فقد تم الاتفاق على تشكيل لجنة مـن المختصـين بالـدول الأعضاء تجتمع في إطار الأمانة العامة لدراسة إمكانية تقنين أحكـام الشـريعة الإسلامية فيما يلى :

- القانون المدنى. - القانون التجارى. - القوانين الجنائية .. الخ.

وفي الاجتماع الثاني لوزراء العدل في ربيع الثاني ١٤٠٤هـ ـ الموافـق ينـاير ١٩٨٤تم التوصل إلى ما يلى : قرر وزراء العدل تقنين أحكام الشريعة الإسلامية على أن تقوم بذلك لجنة فنية متخصصة ...

٦- تنص المادة الخامسة من النظام الأساسى لمجمع الفقه الإسـلامي (٤٥) علـى أن يسعى المجمع لتحقيق أهدافه بكل الوسائل الممكنة ومنها ما يلى :

٤- تقنين الفقه الإسلامى عن طريق لجان متخصصة.

الفرع الثالث : التقنينات المستمدة كلها أو أغلبها من الفقه الإسلامي والتي صدرت وطبقت فعلا:

لقد صدرت فعلاً عدة تقنينات مستمدة كلها أو أغلبها من الفقه الإسلامى ، ومنها :

١- مجلة الأحكام العدلية وقانون العائلة العثمانى وصدرت المجلة فيما بين عامي ١٢٨٦ ، ١٢٩٣ هـ والقانون في ١٣٣٦ هـ .
٢- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والمعدل بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ بمعرفة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .
٣- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ويقع في ١٤٤٩ مادة تعتمد في مصدريتها على الفقه الإسلامي .
٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ١٩٨٥ ....الخ .

المبحث السابع
منهجية التقنين ومهاراته

لا شك أن التقنين عملية فنية فائقة تحتاج إلى خبرة عريضة ودربة واسـعة وتسـتلزم خطة مدروسة للتنفيذ.

الفرع الأول : منهجية التقنين

أ- نموذج مجاس التعاون :

تقرر في الاجتماع الأول لوزراء العدل بدول مجاس التعاون الخليجى ٢٧ - ٢٨ صفر ١٤٠٣هـ الموافق ١٢-١٣ ديسمبر ١٩٨٢م ما يلى :

١- فيما يتعلق بمصادر التشريع وأسس القضاء بدول المجلـس لقـد اتفقـت الـدول الأعضاء على أن تكون من الشريعة الإسلامية وحدها ، ذلـك أن مصـادر الشـريعة الإسلامية لا تنفي الاستفادة من مختلف الآراء والتجارب طالما أنها لا تتعارض معهـا فكل قانون أو نظام فيه مصلحة فإن الشريعة الإسلامية تأمر به وتهيئ له المصدر فهو إما مستمد من الكتاب أو السنة أو من الاجتهاد بمقابيسه المختلفة.

وفي الاجتماع الثاني لوزراء العدل في يومى ٢٦-٢٧ربيع الثانى ١٤٠٤هـ الموافـق ٢٩-٣٠ يناير ١٩٨٤م تم التوصل إلى ما يلى :

أولا : إمكانية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، على أن تقوم بذلك لجنة فنية متخصصة تعمل وفقا لخطة منهجية.

ب- نموذج الخطة المنهجية للتقنين عموماً استهداء بخطة دول مجاس التعـاون لـدول الخليج العربية:

نموذج الخطة المنهجية للتقنين :

وتشتمل هذه الخطة على :

١- ما يقابل فروع القانون الوضعى في الفقه الإسلامى.

٢- كيفية إعداد الحكم الشرعى.

٣- كيفية حسم الخلاف الفقهي .

٤- كيفية إعداد " المذكرة الإيضاحية ".... الخ .

ج – نموذج الخطة المنهجية للتقنين لأعمال الهيئات الشرعية في المؤسسـات الماليـة الإسلامية .

وتشتمل هذه الخطة على ما سردناه تفصيلاً في الفصلين الثاني والثالث من هذا البحث.

أولا : فروع المعاملات المقابلة لفروع القانون :~

وقد قسمت الخطة القسم الخاص بالمعاملات في الفقه الإسلامى إلى خمسـة فـروع ، سمت ثلاثة منها " مدونة " واثنين " نظاما " بالوضع الآتى :

١- تدوين أحكام المعاملات ، وهى ما يطلق عليه في لسان القـانون اسـم " القـانون المدنى وفروعه ".

وعلى ذلك فهذا القسم يشتمل من فروع القانون على : القـانون المـدنى ، والقـانون التجارى ، والقانون البحرى ، وقانون العمل ، وقانون التأمينات الاجتماعيـة وقـانون الطيران ، وقانون الفضاء الذى أعد مشروعه حديثا.

الفرع الثاني : كيفية إعداد الحكم الشرعي :~

١- وبالنسبة للمسائل المختلف عليها بين الفقهاء ، يقرر المبدأ التالى أنه " لا يركن في الخلافيات إلى الأقوال والآراء التي لا يسندها دليل شرعى " ، وذلـك للتـرجيح بـين الآراء المختلفة للفقهاء القدامى .

– قاعدة حسم الخلاف بين أعضاء الهيئة الشرعية :~

ويحسم الخلاف بأغلبية اللآراء.

الفرع الثالث : النظام العام والمقصود به من الناحية الشرعية

- درجت مشروعات القوانين المستمدة من الشريعة على النص على أن أحكام الشريعة الإسلامية التى لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام ومن ثم فلا يجوز للقاضـى أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام كما أن اجتهاده في ضوء مبادئ الشريعة الإسـلامية عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر الشرعية يجب ألا يكون فيه خروج على هـذه الأحكام .

- النص في مشروع التقنين بدول مجلس التعاون :~

م٣ : تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ومن ثم يقع بـاطلا كـل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام "

ومن ثم يعتبر متعلقا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند إلى دليل من أدلـة الشـريعة القطعية وفيما يعتبر من : حق ا تعالى أو حق الشرع في الشريعة

الفصل الثاني
الهيئة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية
(مسمّاها وأساس وجودها)

الفرع الأول : مسمي الهيئة:

*اسم الهيئة مشتق من طبيعة عملها :

تستمد الهيئة الشرعية اسمها من طبيعة عملها وهو أساسا العمـل علـي تطبيـق أو / مراعاة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أعمال ونشـاطات المؤسسـة الماليـة المعنية.

ويتبلور عمل الهيئة الشرعية على الأساس في اختصاصين جوهريين هما الأصل فـي عمل الهيئة الشرعية وما سواهما متفرع عنهما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وهذين الاختصاصين هما :

١- الفتوى. ٢- الرقابة الشرعية.

وما يتطلبانه ويستلزمانه من أعمال ونشاطات وإجراءات ، ويتحدد نطاق كل اختصاص بحسبه في ذاته من ناحيته ، وبحسب الأهداف والأغراض التى تسعى المؤسسة المالية الإسلامية إلى تحقيقها والمنصوص عليها **وجوباً** في عقد تأسيسها ونظامها الأساسـى ، إذ أن تحديد الأهداف والأغراض التى قامت من أجلها المؤسسة المالية مطلب نظامى / قانونى يتم على أساسه مراقبتها من قبل الأجهـزة الرقابيـة ، ومحاسـبتها ، واتخـاذ الإجراءات المناسبة حيالها في حالة الخروج على أى من هذه الأهـداف والأغـراض المنصوص عليها.

الفرع الثاني : أشكال المؤسسات المالية الإسلامية وانعكاسها على طبيعة عمل الهيئة الشرعية :~

الهيئة الشرعية على نحو ما تقدم جهاز مستحدث في المؤسسات المالية الإسلامية يتعين أن يتحدد موقعه الصحيح في " البناء التنظيمى " أو " الهيكل التنظيمى " للمؤسسة المالية ومن استقراء النظم والواقع يتبين أن المؤسسات المالية الإسلامية تتنوع فـي الغالـب الأعم إلى ثلاثة أقسام رئيسية هى :

أولا : المصارف.
ثانيا : الشركات المالية والاستثمارية.
ثالثا : شركات التأمين التعاونى / التكافلى الإسلامي .

والأولى هي التي تمارس المهنة المصرفية وفق فنونها وأساليبها المصـرفية ونظمهـا الشرعية وتتقبل الودائع من الناس ، ونعرفها بأنها : مؤسسة ماليـة مصـرفية تتقبـل الأموال وفقا لقاعدتى "الخراج بالضمان " و " الغرم بالغنم " وتوظيفها في وجوه التجارة والاستثمار طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية وأحكامها التفصيلية " .. وتميزها مجموعة الخصائص والفروق الجوهرية التى تفرق بينهما وبين البنوك – التقليدية – .

الفرع الثالث : أساس وجود الهيئة الشرعية ومشروعيتها :~

تستند الهيئة الشرعية في أساس وجودها وتستمد سبب مشروعيتها – في نظرنا – من ثلاثة أوجه هى :

١- النظام الأساسي وعقد التأسيس :~

فالنظام الأساسى وعقد التأسيس الصادران بإنشاء المؤسسة المالية الإسلامية يجب أن يتضمنا النص صراحة على الهيئة الشرعية وإلزامية وجودها وطريقة عملها وكيفية تشكيلها وإلزامية قراراتها ويأتى هذا النص في الغالب استنادا إلى إلزام المؤسسة المالية نفسها بتحريم التعامل بالفوائد الربوية أخذا وإعطاء أو النص الخاص بالتزام المؤسسة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

٢- النظام القانوني – إن وجد – المنظم للمؤسسات المالية الإسلامية في إنشاءها وطريقة عملها ومزاولتها لأنشطتها والمحظور عليها منها ، والمرخص به لها ، وإجراءات القيد والشطب والجزاءات التى توقع عليها .. الخ.

٣- لائحة الهيئة الشرعية :~ ذاتها التى تضعها الهيئة لنفسها ويصدرها مجلس الإدارة كأحد الوثائق الأساسية في المؤسسة المالية حيث تتضمن نظام عمل الهيئة الشرعية واختصاصاتها ومسئولياتها واستقلاليتها وتنظيم علاقاتها بسائر إدارات وأقسام المؤسسة في الهيكل التنظيمى وتقرير الهيئة السنوى الشامل.

ولا شك أن وجود هذه الوثائق الأساسية السابقة يعتبر الأساس الأول في :

أ-تكييف / تخريج علاقة الهيئة الشرعية بالمؤسسة المالية واستقلاليتها.

ب- تحديد طبيعة عملها ونطاقه.

ج- بيان اختصاصاتها وإلزامية قراراتها كما سيأتى سرده تفصيلا مما يعتبر تجديدا وتطويرا في صلب الهيكل التنظيمى للمؤسسات المالية الإسلامية ونظامها الإدارى والفنى وهو ما يوضحها الرسم التوضيحى التالى (٤٧).

الفرع الرابع : ضرورة وجود هيئة عليا للفتوى والرقابة الشرعية :~

- من النصوص الشرعية :

يقول ا تعالى : " قل أرأيتم ما أنزل ا لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قـل آ أذن لكم أم على ا تفترون " يونس /٥٩.

- عن على رضى ا عنه قال : " يا رسول ا إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهى فما تأمرنى ؟. قال شاوروا فيه الفقهاء والعابدين ولا تمضوا فيه بـرأى خـاص " (٤٨)

- عن أبى سعيد الخدرى رضى ا عنه قال : " سمعت رسول ا صـلى ا عليـه وسلم يقول : من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لـم يسـتطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " (٤٩).

- طرائق ثلاث في قوانين ولوائح المؤسسات المالية لوجود الهيئة الشرعية :~

ونستطيع أن نصنف هذه القوانين والنظم إلى ثلاثة أنماط أو طرائق :

الطريقة الأولى : أكتفت بالنص على عدم جواز التعامل بنظام الفائدة الربوية أخـذا أو عطاء. ومؤدى ذلك أنها لا تلزم نفسها بما سوى ذلك من معطيات التطبيق العملى فـي منهج الاقتصاد الإسلامي ومؤسساته المصرفية والمالية .

الطريقة الثانية : تكتفى بالنص على أن تقوم بجميع أعمالها طبقـا لأحكـام الشـريعة الإسلامية دون أن تلزم نفسها بشكل معين أو تنظيم خاص لهيئـة الفتـوى والرقابـة الشرعية .

الطريقة الثالثة : حرصت على النص على كل حسنات ومزايا الطرق السابقة فنصـت على أمرين جوهريين هما :

١- أنها تعمل طبقا لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية.

٢- كيفية تشكيل هيئة الرقابة الشرعية بل ونص بعضها على طريقـة عمـل الهيئـة الشرعية .

ولا شك أن كل طريقة من الطرائق السابقة تعكس الواقع العملى بما يجب أن يصبو إليه ويستكمل بنيانه الفنى الدقيق والبعد عن المسالب وأوجه القصور.

الفصل الثالث

أعمال / اختصاصات الهيئة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية (التكييف / التخريج ومستلزماته)

المبحث الأول : تحديد طبيعة عمل الهيئة الشرعية ومتطلباته :

الفرع الأول : تخريج عمل الهيئة الشرعية :

التكييف / التخريج الصحيح لعمل الهيئة الشرعية - مـن وجهـة نظرنـا – ولأنـي تنظيمي :~ الهيئة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية اسمها مشتق مـن طبيعـة عملها كما تقدم وتضيف إلى الفكر الإداري والتنظيمي الوضعي منظومة شرعية جديدة تثريه وتؤثر فيه إيجابيا . وتحقق المقصد الضروري العام في التشريع وهو مقصد حفظ المال بتكثيره ومنع الفساد فيه .

إن جوهر الدور الذي تقوم به الهيئة الشرعية هو : " الإفتاء والرقابة الشـرعية " بمـا يستلزمانه من أعمال وإجراءات . وأن الفتوى في خصوصية عمل المؤسسات الماليـة الإسلامية تتوافر لها الأسباب الشرعية التي تجعلها ملزمة لتلك المؤسسات باختيارهـا لذلك ابتداء . وأن الرقابة الشرعية يجتمع فيها ثلاثة أمور متكاملة هي :

حق الرقابة الشرعية الذي يخول الهيئة الشرعية سلطة المنع من عمل مـا ، أو إتيـان عمل ما ، وما يستلزمه تنفيذ هذا وذاك من إجراءات معينة بنفسها وعن طريق أجهزتها المعاونة من التدقيق والمراجعة بقصد تحقيق أهداف المؤسسة الماليـة وفقـا لمبـادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وأن التفرد والانفراد في جوهر عمل الهيئة الشرعية يضفى طابع الاستقلال للهيئة الشرعية ويجعل عملها " ولائيا تنظيميا ": ولائي تستمد الحق فيه من أصول الشرع . وتنظيمي لما يجب أن يوضع له فـي إطـار الهيكـل أو البنـاء التنظيمي للمؤسسة المالية وما يجب أن يوضع له من " نظم ولوائح " تحـدد الشـروط

والمواصفات الخاصة في أعضاء الهيئة ، شرعية ومهنية وكيفية ممارسـتها لعملهـا ، ووضع تقاريرها ، ومسئوليتها ، وكل ما يتعلق بالهيئة الشرعية على ضوء الأصـول الشرعية المرعية .

والحاجة الماسة إلى تفعيل دور الهيئة الشرعية من خلال وضع معايير للرقابة الشرعية يتم تبنيها من الهيئات الشرعية وتنفيذها واعتمادها وتعميم تطبيقها من الجهات الرقابية والإشرافية على المؤسسات المالية الإسلامية.

و تأسيسا على ذلك فإن التكييف الصحيح من وجهة نظرنا لعمل الهيئة الشـرعية هـو عمل ولائى تنظيمى : أى من قبيل الولاية الشريعة التى تنص عليها أو يجب أن تنص عليها الوثائق الأساسية للمؤسسة من عقد التأسيس والنظامي الأساسي وغيرهما علـى نحو ما سبق ومن ثم تجد الهيئة حتما موقعها في الهيكل أو البناء التنظيمى للمؤسسة.

ومما يؤكد هذا الفهم السائغ ويوضحه أن أعضاء الهيئة الشرعية لا يرتبطون في الغالب بعقود عمل مع المؤسسة / ومن ثم فإنهم ليسوا من الذين تطبق علـيهم نظـم الخدمـة المدنية و العمل في القطاع الخاص أو العام وما تتضمنه من أحكام تفصيلية في التعيين وتقييم الكفاءة والعلاوات والترقية والنقل والندب والإعارة والإجازات والتأديب وإنهاء الخدمة وساعات العمل والجزاءات و إصابات العمل وأمراض المهنة والتحكـيم فـي منازعات العمل وغير ذلك مما لا يسوغ العمل به في شأن أعضاء الهيئة الشرعية.

وخلاصة القول : إن القول بالعلاقة الوظيفية بالمعنى القانونى يعنى بالقطع " التبعيـة " الإدارية والوظيفية للمؤسسة ومن ثم الالتزام بلوائحها ونظمها وعدم مخالفتها وهو مـا يتعارض مع طبيعة عمل الهيئة الشرعية كشخص (جماعة) فنى مستقل وخبير مهنى محايد لا يخضع للسلطان القانونى للسلطة الإدارية للمؤسسة وهذا التكييف ينعكس فـي الأمور الجوهرية التالية :

الفرع الثاني : متطلبات عمل الهيئة الشرعية :

أولا : الشروط والمواصفات الخاصة في أعضاء الهيئة الشرعية :

يشترط فيمن يختار لعضوية الهيئة الشرعية مواصفات شرعية خاصة تفرضـها فـي الأساس طبيعة عمل الهيئة على النحو السابق تحديده وهذه المواصفات تعتبر من أهـم ضمانات استقلالية الهيئة الشرعية.

وهذه المواصفات الخاصة مصدرها الشرع فيمن يتصدى للفتيا وإبداء الرأى الشـرعى فضلا عن الرقابة الشرعية وهذا بالإضافة إلى " المواصفات المهنية " التـى تتطلبهـا طبيعة عمل المؤسسات الإسلامية وهذه المواصفات المهنية تتعلق بضرورة التعمق في مهنية ممارسة هذه المؤسسات المصرفية والتجارية والاستثمارية إن لم يكن التخصص الفقهى الدقيق في هذه الشئون المستجدة .

وهذه المواصفات الشرعية المهنية يعز النص عليها في ا لنظم والقوانين السارية ومـن ثم تشكل ضمانة من أهم ضمانات استقلالية الهيئة الشرعية في المؤسسة المعنية.

ثانيا : إلزامية فتاوى ورقابة الهيئة الشرعية وما يستلزمانه من قرارات :

أ- إذا كان الأصل في الفتوى أنها غير ملزمة للمستفتى إلا أن الأحوال التى يجب فيها على المستفتى الالتزام بقول المفتى وجوابـه ، تنطبـق علـى الهيئـة الشـرعية والمؤسسات المالية التى توجد فيها وذلك على النحو التالى :

١- إن المؤسسة المالية إنما تأخذ نفسها بتطبيق أحكام الشـريعة الإسـلامية فـي وثائقها الأساسية ومن ثم العمل بما تنتهي إليه هيئة الفتوى والرقابة الشـرعية وهذا وجه من وجوه إلزام الفتوى ومن ثم يستوجب النص عليه – الإلزام – في عقد التأسيس والنظام الأساسى للمؤسسة المالية.

٢- لا شك أن المؤسسة المالية وهى بصدد تشكيل هيئة الفتوى والرقابة الشـرعية إنما تراعى الشروط والمواصفات المتطلبة في أعضائها وقد يكون هناك إلزام بهذه الشروط والمواصفات من الجهات الرقابية لهذه المؤسسة ومن ثم فإن مـا يصدر من الهيئة الشرعية يقع في المؤسسة المالية صحته وحقيته ؛ كما أنهـا أى المؤسسة المالية هي التى تختار أعضاء الهيئة الشرعية وهذا أو ذاك وجه من وجوه إلزام الفتوى أيضا.

٣- وغير ذلك من الوجوه التى تفرضها الطبيعة الخاصة لعمل المؤسسات الماليـة الإسلامية وما توجبه من القول بإلزام الفتوى.

ب- إذا كان ذلك كذلك فيما يتعلق بفتاوى الهيئة الشرعية من ناحية وجوب الالتزام بها في أعمال ونشاطات المؤسسة المالية فإنه يكون أكد ومن باب أولى فيمـا يتعلـق بنشاط الرقابة الشرعية التى تقوم به الهيئة الشرعية وما يسـتلزمه مـن أعمـال وإجراءات متعددة ومتنوعة ومتجددة على التفصيل .

ج- إذا كان من المقرر أنه لا إلزام بغير جزاء فإنه يجب النص في الـنظم والقـوانين الخاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية على أن عدم التزام هـذه المؤسسـات فـي أعمالها ونشاطاتها بأحكام الشريعة الإسلامية ذلك سببا من أسباب إلغـاء القيـد أو الشطب ، وهو ما نص عليه فعلا المشروع المقدم من اللجنة الاستشـارية العليـا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامي بالديوان الأميـري بالكويـت بشأن المصارف والشركات الاستثمارية والمالية الخاضعة لأحكام الشريعة .

ثالثا : طريقة تعيين / اختيار أعضاء الهيئة الشرعية وتحديد مكافآتهم ومـدة عملهـم وعزلهم :~

١- إن مجلس الإدارة فور أول تشكيل له بحكم أنه يسبق أول اجتماع للجمعية العامـة للمساهمين يعين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية لمدة لا تقل عن مدة مجلـس الإدارة نفسه . ويعرض هذا التعيين على الجمعية العمومية العادية لإقـراره ثـم تسـتقل الجمعية العمومية العادية بعد ذلك بتعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية بعـد ذلـك بناء على توصية من مجلس الإدارة ومن ثم تستمد هيئة الرقابة الشـرعية قوتهـا

واستقلالها من الطريقة العادية لتعيين أعضاءها وهى الجمعية العمومية العادية للمؤسسة المالية (٥٠).

٢- يشتمل قرار التعيين لأعضاء هيئة الرقابة الشرعية تحديد مكافآتهم ويجوز للجمعية العمومية أن تفوض مجلس الإدارة في ذلك .

٣- ولكنني اعتنق رأيا سبق لى إبداؤه في كتابى الرقابة الشرعية (٥١) مؤداه أن استقلال الهيئة الشرعية وتعيين أعضاءها عن طريق الجمعية العمومية للمساهمين لا يتعارض مع حق الهيئة في التمثيل في مجلس الإدارة وحضور جلساته حتى ولو لم تكن ذات صوت معدود عند التصويت على القرارات . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن استقلال الهيئة الشرعية لا يقال منه إن لم يدعمه أن يأتى ترشيح أعضاءها للجمعية العمومية بناء على توصية من مجلس الإدارة وذلك حرصا على تماسك الهيكل التنظيمي للمؤسسة المالية من خلال احتفاظ مجلس الإدارة بنوع من السلطة التى تتمثل في التوصية بالترشيح للجمعية العمومية كوسيلة أساسية للتنسيق المطلوب بين مجلس الإدارة والهيئة الشرعية، وانعكاس ذلك إيجابيا على طريقة العمل بينهما وعلى أداء المؤسسة المالية عموما.

٤- كما لا يجوز الاستغناء عن خدمات (عزل) أعضاء هيئة الرقابة الشرعية إلا بناءً على قرار يصدر من مجلس الإدارة بأغلبية ثلثي أعضائه على الأقل ولا يكون هذا القرار نافذا إلا بعد إقراره من الجمعية العمومية العادية للمؤسسة المالية.

٥- ولا شك أن طريقة تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية وتحديد مكافآتهم ومدة عملهم والاستغناء عن خدماتهم (عزلهم) على النحو الفائت من أهم وأقوى وسائل وأدوات استقلالية الهيئة الشرعية.

رابعاً : مساهمتهم في المؤسسة المالية :~

لا شك أن المساهمة – بصفة عامة – بنسبة معينة تؤثر على الرأى وتوجهه ، أمر وارد عملا وإن كان غير لازم شرعا :

* وارد عملا بحكم الوضع القانونى الذى ينظم عملية التصويت وربطها بعدد الأسـهم التى يملكها صاحبها .

* وغير لازم شرعا أى ذلك الربط بين نسبة المساهمة وتوجه الرأى لسببين هما :

١- الشروط والمواصفات التى يتعين مراعاتها في اختيار عضو الهيئة الشرعية وقـد سبق التأكيد على أنها أحد العوامل المهمة في تحقيق اسـتقلالية الهيئـة الشـرعية وضمان موضوعيتها وحيادها.

٢- عدد أعضاء الهيئة وأن لا يقل عن ثلاثة (٥٢) يضمن أغلبية التصويت الصـحيح على القرار الصحيح وا المستعان.

هذا الذي سبق إذا كان أحد الأعضاء فقط مساهم بنسبة مؤثرة على القرار ، أما إذا كان هناك أكثر من عضو من أعضاء الهيئة بما يشكل أغلبية عددية بين أعضـاء الهيئة الشرعية فهنا تبدو وجاهة وأهمية شرط المساهمة في المؤسسة المالية المعنية بنسبة معينة ، إذ الاحتياط النظامى في عمل الهيئة وضرورة إبعادها عن الشبهات يقتضيان وضع نسبة للمساهمة لا تكون مؤثرة في اتخاذ القرارات فإذا تحقق ذلـك تعين هذا الشرط .

خامسا : لائحة الهيئة الشرعية تضعها لنفسها :~

١- تضع الهيئة الشرعية لنفسها لائحة عملها تتضمن على وجه الخصوص والخلوص منهجيتها في مباشرة عملها سواء في ذلك :

أ- منهجيتها في الإفتاء والرقابة الشرعية ومن ثم تحديد اختصاصاتها.

ب- كما تتضمن تلك اللائحة نظام جلساتها ومن تستعين بهم عند اللـزوم وتسـجيل محاضرها.

ج- وكذلك تنظيم علاقتها بسائر إدارات وأقسام المؤسسة المالية المعنية.

د- كما تتضمن اللائحة نظام " المراجعة والتدقيق الشرعى الداخلى " الكفيل بتحقيـق التأكد من أن معاملات المؤسسة المالية واستثماراتها وأنشـطتها والعقـود التـى تبرمها والفتاوى والآراء التي تصدرها هيئة الرقابة الشرعية وفقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية .

هـ - وتتضمن اللائحة كيفية إعداد التقارير الدورية التى تقدم لجهة الإدارة والتقريـر السنوى الذى يقدم للجمعية العمومية ومكونات هذه التقارير.

٢- يعتمد مجلس الإدارة هذه اللائحة ويصدرها لتكون وثيقـة أساسـية مـن وثـائق المؤسسة المالية وهذا الإجراء (الاعتماد) يحقق هدفين جوهريين هما :

أ- إلزامية التنسيق بين الهيئة وأجهزة الإدارة في المؤسسة المالية.

ب- إلزامية اللائحة أيضا لأجهزة الإدارة.

٣- إن النص في عقد التأسيس والنظام الأساسي على هيئة الرقابة الشـرعية وتحديـد اختصاصها ومدة عملها ومكافآت أعضائها واستقلال هذه الهيئـة بوضـع لائحـة عملها جعلنا نقول أن التكييف الصحيح لعلاقة هيئة الرقابة الشـرعية بالمؤسسـة المالية إنما هو وضع ولائى تنظيمى على نحو ما سبق.

سادسا : التلاؤم بين اختصاصات الهيئة الشرعية ومسؤوليتها :~

١- ينبغى أن تكون اختصاصات الهيئة متلائمة مع مسؤوليتها وعلـى مسـتوى تلـك المسؤولية في ضوء كونها أحد الأجهزة المستحدثة في المؤسسة المالية والمعاونـة لها في تحقيق أهدافها التى توجب القوانين النص عليها صراحة وتفصيلا في عقـد التأسيس والنظام الأساسي، ومن ثم فإن كل ما يتطلبه تحقيق هذه الأهـداف مـن سياسات تتبعها المؤسسة المالية وما يستلزمه تطبيق وتنفيذ تلـك السياسـات مـن أعمال ونشاطات وما يواكب تلك الأعمال والنشاطات من مشورة ، وفتاوى وآراء شرعية، وما يتبعها من رقابة شرعية بكل متطلباتها وإجراءاتها.

والهيئة الشرعية إذ تنفرد بهذا الدور الذى لا يشاركها فيه غيرها داخل المؤسسـة المالية ومن ثم فهي مستقلة به تتحمل مسئوليته وتبعاته ، وهذا هو أساس الإلزام في قراراتها وفتاواها.

٢- مسئولية الهيئة الشرعية : هل تضمن بالمال إذا بان خطوها ؟ :

الهيئة الشرعية يتعلق عملها كله بأعمال ونشاطات المؤسسات المالية الإسلامية في الأموال ، ومن ثم يتعلق الأمر هنا بالمال ، فماذا إذا عمل المستفتى بفتيا مفت في مال ثم بان خطؤه؟

قال أبو إسحاق الاسفرائينى من الشافعية : يضمن المفتى إن كان أهلا للفتوى وخالف القاطع ، وإن لم يكن أهلا فلا ضمان عليه ، لأن المستفتى قصر في استفتائه وتقليده ووافقه على ذلك أبو عبد الله بن حمدان في كتاب " آداب المفتى والمستفتى " له . ولم أعرف هذا لأحد قبله من الأصحاب ثم حكى وجها آخر في تضمين من ليس بأهل قال: لأنه تصدى لما ليس له بأهل وغر من استفتاه بتصديه لذلك.

وقال ابن القيم (٥٣) : خطأ المفتى كخطأ الحاكم والشاهد . وخطأ الحاكم في المال إذا حكم بحق ثم بان كفر الشهود أو فسقهم نقض حكمه ثم رجع المحكوم عليه ببدل المال على المحكوم له.

وإن عمل المستفتى بفتواه (المفتى) من غير حكم حاكم ولا إمام فأتلف مالا :
فإن كان المفتى أهلا فلاضمان عليه ، والضمان على المستفتى ، وإن لم يكن أهلا فعليه الضمان لقول النبى صلى الله عليه وسلم:" من تطبب ولم يعرف منه طب فهو ضامن". وهذا يدل على أنه إذا عرف منه طب وأخطأ لم يضمن ، والمفتى أولى بعدم الضمان من الحاكم والإمام.

ولنا أنه بناء على ما سبق من التزام المؤسسات المالية بفتاوى الهيئة الشرعية إنما يقوم على الأحوال التى تلتزم فيها تلك المؤسسات بالفتاوى في كل حالة بسببها بسبب ما تفرضه عقود تأسيسها ونظمها الأساسية وما يفرضه هيكلها التنظيمى وأوضاعها الإدارية من استقلالية للهيئة الشرعية.

ومن ثم فإن إلزام المؤسسات المالية نفسها بفتاوى وقرارات الهيئة الشرعية يجعلها تتحمل مسؤولية تطبيق تلك الفتاوى والقرارات ، وبخاصة إذا كان توافر أهلية الفتوى

في الهيئة الشرعية يخضع لضوابط ومعايير محددة وواضحة ومن ثـم الالتـزام بهـا ومراعاتها .

سابعا : معايير الرقابة الشرعية وشمولها للمراجعة والتدقيق الشرعي .

(أ) الحاجة إلى معايير للرقابة الشرعية :~

وذلك حتى نتجنب كارثة من جنس أزمة الكساد الكبير في الولايات المتحدة الأمريكيـة وفي العالم في أوائل القرن العشرين ١٩٢٩ – ١٩٣٣ ، أو أزمة سـوق المنـاخ فـي الكويت أو أزمة شركة إنرون ENRON الأمريكية العملاقة للطاقة بسبب سوء الرقابة فإن الأشباه تلحق بأشباهها والنظير بنظيره ، ومن ثم فإننا نحذر من أن غياب أو عـدم وجود معايير للرقابة الشرعية في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية يهدد بخطر عظيم ، بعد أن اتسع نشاطها وعم جميع بلدان العالم تقريبا . وتتمثل تلك المعايير في :

- أولا – تعديل النظم الأساسية وعقود التأسيس لتتضمن النص صراحة على :

١- استقلال الهيئة الشرعية.

٢- إلزام قراراتها.

٣- تعيين أعضائها عن طريق الجمعية العمومية للمساهمين ومدة عضويتهم وتحديـد مكافآتهم أو تفويض مجلس الإدارة في ذلك.

ثانيا – ضرورة وجود تدقيق شرعى داخلى تحت إشراف ومسؤولية الهيئـة الشـرعية وتنميط عملية التدقيق على وجه مفصل ودقيق.

ثالثاً – ضرورة الاتفاق على وضع معايير محددة وواضحة تحدد :

- مستوى التأهيل الشرعي والمهني المطلوب لأعضاء الهيئة الشرعية.
- تؤكد على استقلاليتها.
- وتحدد الأعمال المطلوبة منها واختصاصاتها على وجه الدقة والتفصيل وبخاصة حق القيام بعمليات التفتيش والفحص والتدقيق لجميع الأعمـال ، وإيقـاف أى عمليـات

مخالفة لمقررات الهيئة وأحكام الشريعة الإسلامية ،وذلك لتلافى رقابة ما يعـرض فقط على الهيئة من عقود ومعاملات ، وأيضا لتلافى أن لا تفتى إلا فيما تستفتى فيه.

- وذلك كى تكون هذه المعايير بمثابة الإطار الشامل الذى يوحد المفاهيم ويقتبس مـا هو مناسب من الفكر النظير المعاصر في مجال الرقابة وبما يلائم الرقابة الشرعية.

رابعاً : شيوع تقارير الهيئة الشرعية :~

تقارير الهيئة الشرعية وما تتضمنه من بيان الرأى الشرعى في مدى التزام المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وقد ألزمت نفسها بذلك واتخذت منه لواء لها ، يجب أن توزع علـى المسـتثمرين و المتعـاملين مـع تلـك المؤسسات وليس فقط على المساهمين ، وأن يسمح لهم بحضور مناقشة تقرير الهيئـة الشرعية أمام الجمعية العمومية للمساهمين.

خامسا : التدريب المالى والمحاسبى :~

يجب تدريب أعضاء الهيئة الشرعية على مبادئ المحاسبة وتدقيق الحسابات والقـوائم المالية والميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر وحسابات الاستثمار والادخـار والتوفير ، وما يستلزمه كل ذلك من إعطائهم كامل الحق للإطلاع علـى المعلومـات والسجلات والمستندات وبخاصة أن هذه الوثائق يعتمد عليها عملاء المؤسسة المالية ، والدائنون ، والمستثمرون ، والمساهمون والمؤسسات الحكومية .

(ب) * معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٥٤) :-

لقد أقرت الهيئة عددا من معايير الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية فيما يتعلق بـ :

❖ تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها :

- تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتحديد مكافآتها عن طريق الجمعية العمومية بناء على توصية مجلس الإدارة ، وكذلك الاستغناء عن خدمات عضو الهيئة.
- أن يتضمن تقرير الهيئة مجموعة العناصر الأساسية من أهمها نطاق عمل الهيئة ووصف

طبيعة العمل الذي تم آداؤه، ومسئولية الإدارة ، ورأى الهيئـة فيمـا يتعلـق بـالتزام المؤسسة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

* الهدف من الرقابة الشرعية ومسئولية الالتـزام بالشـريعة ، وإجـراءات الرقابـة الشرعية.
* الرقابة الشرعية الداخلية والإتقان المهنى ونطاق العمل.

المبحث الثاني
اختصاصات الهيئة وتأصيلها الشرعي

تمهيد :

مما يسعفنا في تأصيل واستيعاب اختصاصات الهيئة الشرعية في المؤسسـات الماليـة الإسلامية ما ذكره الإمام الشاطبى – رحمه ا – قال (٥٥):

تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد لا تعـدو ثلاثـة أقسام: ضرورية وحاجية وتحسينية.

فأما الضرورية (ومنها مقصد حفظ المال) الحفظ لها يكون بأمرين : (أحدهما) مـا يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود أى بفعل ما به قيامها وثباتها.

(والثانى) ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم أى ترك ما به تنعدم.

ولا شك أن ما يقيم أركان مقصد حفظ المال ويثبت قواعده هو بيان لمصالح المعاملات وسائر التصرفات ليسعى العباد (المؤسسات) في تحصيلها (٥٦) وهذا هـو مراعـاة جانب الوجود كما يقول الشاطبى.

وأن ما يدرأ عنه (مقصد حفظ المال) الاختلال الواقع أو المتوقـع فيهـا هـو بيـان المخالفات ليسعى العباد (المؤسسات) في درئها (٥٧)

والشر كله في المخالفات ولذلك جاء القرآن بالحث على الطاعات دقها وجلهـا قليلهـا وكثيرها جليلها وحقيرها والزجر عن المخالفات دقها وجلها قليلهـا وكثيرهـا جليلهـا وحقيرها.

والخلاصة :

أن الحفظ للمال يكون من جانب الوجود ببيان مصالح المعاملات وسائر التصـرفات ، ومن جانب العدم ببيان المخالفات لدرء الاختلال الواقع أو المتوقع فيها.

ولا شك أن بينهما ارتباط وثيق : بيان المصالح وجلبها ، وبيان المخالفات ودرئها.

المخالفات الشرعية على دربين :

ولكن الأهم في عرف أعمال هيئة الرقابة الشرعية هو المخالفات الشرعية الواقعـة أو المتوقعة مما يجعلنا نقول إن المخالفات الشرعية في الممارسات العمليـة للمؤسسـات المالية الإسلامية على دربين :

الدرب الأول :~

مخالفات شرعية بالإتيان أو بالفعل ، بمعنى حصول أمر يخالف الشرع من الكتـاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الصحيح وهو ما تضطلع ببيانه هيئات الفتـوى والرقابـة الشرعية.

الدرب الثانى :~

مخالفات شرعية بالترك بمعنى عدم إعمال الحكم الشرعى إذا لم تشتمل عليه الأعمـال والنشاطات التى تقوم بها المؤسسة المالية ، وهنا أيضا نكون بصدد مخالفة شـرعية إذ لم يتضمن العمل والنشاط ما يجب أن يتضمنه من أحكام شـرعية دل عليهـا الـدليل الشرعى الصحيح فالأحكام الشرعية يجب صيانتها من ناحية وقوع ما يخالفها وكـذلك من ناحية إهمالها وعدم إعمالها .

على هذا الأساس نستطيع القول مطمئنين أن الاختصاص الأصيل والجامع في عمـل الهيئة الشرعية يكمن في : " الفتوى والرقابة الشـرعية " فهمـا جـوهر دور الهيئـة الشرعية وما يستلزمه كل منهما من أعمال ونشاطات وإجراءات وهو ما نتناوله بشيء من البيان فيما يلى :

الفرع الأول
الإفتاء

١- الفتوى اصطلاحا :

تبيين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه (٥٨) وهذا يشمل السـؤال فـي الوقـائع وغيرها. فالفتوى إخبار عن الحكم الشرعي وعن دليله ، والمفتى في حكم مـن يخبـر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص (٥٩).

٢- الحكم التكليفى (فرض على الكفاية) :

الفتوى فرض على الكفاية إذ لابد للمسلمين ممن يبين لهم أحكام دينهم فيما يقع لهم ولا يحسن ذلك كل أحد فوجب أن يقوم به من لديه القدرة (٦٠) ومما يدل على فرضـيتها قول ا تعالى : "وإذ أخذ ا ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونـه " آل عمران / ١٨٧

وقول النبي صلى ا عليه وسلم:"من سئل عن علم ثم كتمه ألجم يوم القيامة بلجام مـن نار"(٦١)

- ٣- التزام الفتوى وعدم إلزامها :~

(أ) من سئل عن الحكم الشرعى من أهل الفتوى يتعين عليه الجواب بشروط :

أ- أن لا يوجد في الناحية غيره ممن يتمكن من الإجابة.

ب- أن يكون المسئول عالما بالحكم.

ج- أن لا يمنع من وجوب الجواب مانع (٦٢)

(ب) الأصل في فتوى المفتى لا يرتبط بها إلزام بخلاف القاضي(٦٣) إذ لا يجب على المستفتى العمل بقول المفتى لمجرد إفتائه إلا بالتزامه(٦٤) قاله السمعانى وقال : ويجوز أن يقال : إنه يلزمه إذا أخذ في العمل به . وقيل : يلزمه إذا وقع في نفسه صحته وحقيته . وهذا أولى الأوجه(٦٥).

قال ابن الصلاح لم يجد هذا لغير السمعانى وقد حكى هو بعد ذلك (السمعانى) عـن بعض الأصوليين : أنه إذا أفتاه بما هو مختلف فيه خيّره بين أن يقبل منه أو من غيره ثم اختار هو : أنه يلزمه الاجتهاد في أعيان المفتين : ويلزمه الأخذ بفتيا مـن اختـاره باجتهاده ولا يجب تخييره.

ويعقب ابن الصلاح على قول السمعانى بقوله :
والذى تقتضيه القواعد أن نفصل فنقول : إذا أفتاه المفتى نظر فإن لم يوجد مفت آخـر لزمه الأخذ بفتياه ولا يتوقف على التزامه إلا بالأخذ به في العمل بـه ولا بغيـره ،ولا يتوقف أيضا على سكون نفسه إلى صحته في نفس الأمر فإن فرضه التقليد كما عرف وإن وجد مفت آخر فإن استبان له أن الذى أفتاه هو الأعلم الأوثق لزمه ما أفتاه به بناء على الأصح في تعيينه كما سبق وإن لم يستبن ذلك لم يلزمه ما أفتاه به بمجرد إفتائه إذ يجوز له استفتاء غيره وتقليده ولا يعلم اتفاقهما في الفتوى فإن وجد الاتفاق أو حكم به عليه حاكم لزمه حينئذ.

وقد ذكر الخطيب البغدادى (٦٦) أوصاف المفتى الذى يلزم قبول فتواه من أن يكـون عدلا ثقة عالما بالأحكام الشرعية .. الخ وأورد عن الشعرانى قوله : للرجل أن يفتـى إذا كان بصيرا بالرأى بصيراً بالأثر.

وقال الخطيب البغدادى إذا لم يكن بالموضع الذى هو فيه مفت سواه لزمه فتـوى مـن استفتاه لقوله تعالى : " إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بينـاه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم ا ويلعنهم اللاعنون." البقرة /١٥٩
وقوله تعالى : " وإذ أخذ ا ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمنا قليلا فبئس ما يشترون ". آل عمران /١٨٧

الخلاصة :~

ونخاص من ذلك إلى :

أولا : أن الفتوى واجبة على المفتى إذا سئل.

ثانيا : وأن المستفتى لا يلتزم بفتوى المفتى وجوابه إلا :

١- إذا ألزم نفسه.

٢- إذا أخذ في العمل بقول المفتى وجوابه.

٣- إذا وقع في نفسه صحته وحقيته وهذا أولى الأوجه عند من يراه.

٤- إذا اختار المفتى .

٥- إن لم يكن بالموضع الذى هو فيه مفت سواه .

٦- إذا استبان للمستفتى أن الذى أفتاه هو الأعلم الأوثق.(٦٧)

٧- إذا اتفق قول من وجده منهم أو حكم بقول المفتى حاكم.(٦٨)

٨- أن يفتيه بقول مجمع عليه لعدم جواز مخالفة الإجماع.(٦٩)

٩- إذا استفتى المتنازعان في حق فقيها والتزاما العمل بفتياه فيجب العمل بما أفتاهما.

٤- ما يفتى فيه :

- يدخل الإفتاء في الأحكام الاعتقادية.
- ويدخل أيضا في الأحكام العملية جميعها ويدخل في الأحكام التكليفية كلها وهى :
- الواجبات والمحرمات والمندوبات والمكروهات والمباحات.
- ويدخل الإفتاء في الأحكام الوضعية كالإفتاء بصحة التصرفات وبطلانها(٧٠).
- وهذا يستلزم :~

أن يعلم المفتى انطباق الحكم على الواقعة المسئول عنها ولكل واقعة معينة خصوصية ليست في غيرها وليست الأوصاف التى في الواقع معتبرة في الحكـم كلهـا ولا هـى طردية كلها وهو ما يتطلب من المفتى أن يحقق وجود الحكم في الوقـائع فـإذا حقـق وجوده فيها أجراه عليها وهذا اجتهاد لابد منه ، وهذا النوع من الاجتهاد هو المسـمى بتحقيق المناط لأن كل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة في نفسها وإن فرضـنا أنه تقدم لها نظير فلابد من النظر في تحقيق كونها مثلها أولا وهو نظر اجتهاد (٧١).

الفرع الثاني : الرقابة الشرعية (٧٢)

١- معناها اللغوي ومدلولها :~

استعمالات مادة (رق ب) في اللغة كثيرة ردها ابن فارس إلى أصل واحـد فقـال : الراء والقاف والباء أصل واحد مطرد يدل على " انتصاب لمراعاة شيء " ومن ذلـك الرقيب وهو الحافظ(٧٣)

وذلك بهدف التأكد من أن الأنشطة التى تقوم بها المؤسسة لا تخالف الشريعة ويتطلـب تحقيق هذا الهدف أن يكون تطبيق أحكام الشريعة ملزم للمؤسسة.

وكذلك بهدف التأكد من التزام المؤسسة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية حسبما جاء في الفتاوى والقرارات والإرشادات الصادرة عن هيئة الرقابـة الشـرعية للمؤسسـة المالية المعنية.

٢- معنى الرقابة في الاصطلاح :~

ولقد تعددت تعريفات الرقابة الشرعية وكان لنا سبق بيان ارتباطها بأهداف المؤسسـة المالية التى يتعين النص عليها قانونا في عقد التأسيس والنظام الأساسي ومن ثم تـدور معها بحسبها ، وبناء عليه قلنا أن الرقابة الشـرعية أحـد أجهـزة البنـك الإسـلامى المستحدثة التى تعاونه في تحقيق أهدافه. (٧٤)

ويمكننا القول ابتداء بأن تعاريف الرقابة تتميز بثلاثة اتجاهات متكاملة هى :

الاتجاه الأول :

يهتم بالجانب الوظيفي للرقابة ويركز على الأهداف التى تسعى المؤسسة إلى تحقيقها.

الاتجاه الثاني :~

يهتم بالرقابة من حيث كونها إجراءات ويركز على الخطوات التى يتعين إجراؤها للقيام بعملية الرقابة.

الاتجاه الثالث :~

يهتم بالأجهزة التى تقوم بالرقابة وتتولى المراجعة والفحص والمتابعة وجمع المعلومات وتحليل النتائج.

٣- مهمة الرقابة على ضوء الأصول الشرعية السابقة ومستلزماتها العملية :

تأسيسا على ما تقدم في معنى الرقابة الشرعية وعلى الواقع العملى نقول :

أنه إذا كان المعنى اللغوى هو الحفظ والانتصاب لمراعاة الشيء فإن هذا الشيء هنـا هو مقصد حفظ المال في الشرع ومراعاته إنما تكون من ناحيتى الوجـود (أى بيـان مصالح المعاملات وسائر التصرفات) والعدم (أى بيان المخالفات الواقعة والمتوقعة) وأن المخالفات على دربين : مخالفات بالإتيان ومخالفات بالترك.

ومما لا جدال فيه أن القيام بمهمة الرقابة وفق هذه الأصول الشرعية يتسع لمالا حصر له من الأعمال والواجبات مثل :

* فحص العقود والاتفاقيات والسياسات والمنتجات والمعاملات وعقود التأسيس والنظم الأساسية والقوائم المالية وتقارير المراجعة الداخليـة وتقـارير عمليـات التفتـيش والتعاميم.
* وإصدار القرارات والإرشادات والإجراءات اللازمة لتصحيح مسيرة العمل ووضع الضوابط والقواعد اللازمة للأنشطة كافة.
* وإبداء الرأى والمشورة والمناقشة والمعاونة في تحسين الأداء وأولويات الاسـتثمار وكيفية توزيع الزكاة.
* ومتابعة ومراجعة العمليات للتحقق من خلوها من أى محظور شرعى.
* وضع نماذج العقود والخدمات وتعديلها وتطويرها عند الاقتضاء.

أ- الرقابة الشرعية حق شرعي للهيئة : فالرقابة الشرعية من ناحية تعلقها بأصول الشرع في حفظ المال من ناحيتى الوجود والعدم ومنع المخالفات بأنواعها فيه هي حق شرعي للهيئة الشرعية.

ب- الرقابة الشرعية سلطة يخولها إياها حقها الشرعى : فالرقابة الشـرعية مـن ناحية وجودها في المؤسسة المالية المعنية تمارس مهمة وظيفية ذاتيـة يمكـن تسميتها بأنها سلطة يخولها إياها حقها الشرعى في الرقابة وتصدر بمقتضـاها القرارات اللازمة والمناسبة لتحقيق غرضها سواء كان بالمنع أو الإتيـان أى المنع من عمل معين أو إتيان عمل معين تُرك وما يستلزمه تنفيذ هـذا وذاك من إجراءات معينة وهذا هو التعريف الذى نرتضيه ونقول به.

ج- إن حق الهيئة الشرعية في الرقابة وما يخوله لها من سلطة المنع من عمل ما أو إتيان عمل ما ، يتم تنفيذه ومتابعته وتدقيقه عن طريق أجهزتها المعاونـة ، والتى أيضا تقدم لها المعلومات وتحلل النتائج.

إذن الرقابة الشرعية في أدق وأبسط معانيها – من وجهة نظرنا – هى : حق شـرعى يخول الهيئة الشرعية سلطة معينة تمارسها بنفسها وعن طريق أجهزتها المعاونة بهدف تحقيق أهداف المؤسسة المالية وفقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

٤- الرقابة عند علماء الإدارة :~

هى المقياس والميزان الذى تزن به الإدارة جهود العاملين ، وبناء على نتائج الرقابـة يُحكم على الإدارة والعاملين بالمستوى الذى يستحقونه.

* وقيل هي : التأكد من أن الأهداف تتحقق بكفاية وإتقان وسرعة(٧٥)
* وقيل هي قياس أداء العاملين وتصحيحه(٧٦)
* وقيل هي مراجعة الإنجاز وفقا للخطط الموضوعة ومعرفة أسباب الانحرافات بـين النتائج المتحققة والنتائج المطلوبة.
* وقيل هي متابعة تنفيذ العمليات وتقويم العمل.

٥- خصائص الرقابة الشرعية :~

على عكس الرقابة القضائية وبخلاف الرقابة السياسية والشعبية فإن الرقابة الشـرعية رقابة على المشروعية أى شرعية الأعمال والتصرفات التى تقوم بها المؤسسة وتجمع بين الوقاية والعلاج وقائية لما تملكه الهيئة من سلطة التوجيه المسبق الشفوي والكتابي عن طريق المنشورات والتعليمات ، وعلاجية لما تملكه الهيئة مـن سـلطة التعقيـب اللاحق على عمل المؤسسة وتصحيحها.

٦- اختصاصات الرقابة الشرعية :~

- بحث وتحرى أسباب القصور في العمل والإنتاج والكشف عن العيوب الشرعية فـي النظم الإدارية والفنية والمالية واقتراح وسائل علاجها.
- متابعة التنفيذ والتأكد من أن القرارات واللوائح والأنظمة السـارية وافيـة لتحقيـق المقصد الشرعى في حفظ المال.
- الكشف عن المخالفات الشرعية التي تقع من العاملين أثنـاء مباشـرتهم لواجبـاتهم الوظيفية.
- بحث شكاوى المواطنين وما تنشره وسائل الإعلام.

٧- أدوات وسائل الرقابة / المعايير الرقابية :

تختلف الأدوات باختلاف حجم المنظمة وإمكاناتها البشرية والمادية ومـدى الاهتمـام بمفهوم الرقابة ومن أهم أدوات الرقابة ما يلى :

أ- التفتيش والتدقيق والمراجعة .

ب- التقارير (مكتوبة – شفوية – طويلة أو قصيرة – دورية – كل يوم – كـل أسبوع – كل شهر أو ثلاثة – أو ½ سنوية أو سنوية).

من خلالها يراقب سير العمل وموافقته للمعايير الموضوعة كمقياس للأداء.

ج- السحب والإلغاء للقرارات والأعمال غير المشروعة.

٨- **أنواعها** : تتنوع الرقابة الشرعية وفق المألوف في فن الرقابة إلى :

أ- القبلية (السابقة) وهى ما تصدره الهيئة الشرعية مسبقا من الأنظمة والتعليمات المكتوبة أو الشفوية وذلك بهدف ضمان سلامة حسن الآداء والتأكد من الالتزام بالأحكام الشرعية وتعليمات الهيئة الشرعية فـي إصـدار القـرارات وتنفيـذ الإجراءات.

ب- الرقابة أثناء العمل : تعنى المتابعة الميدانية على سير العمليات ولهـا أهميـة قصوى حيث توقف الخلل وتمنع الانحراف وتزيد العـاملين قناعـة بوجـوب الاهتمام بالعمل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ج- الرقابة البعدية / اللاحقة : بعد إصدار التعليمات وبعد الزيـارة الميدانيـة مـن أجهزة الهيئة وهى ذات طابع تقويمى أو تصحيحي.

وعلى هذا النحو تقتضي الرقابة :

- مخطط واضح ومنطقى للوظائف التنظيمية يحدد بوضوح سلطة ومسـئوليات كـل مؤسسة وكل مستخدم فيها ويفصّل وظائف الاستثمار والتمويل.

- إجراءات منطقية تسمح بتسجيل نتائجها على الصعيد المالى.

- قواعد عملية للإدارة تسمح لكل شخص في الهيكليـة التنظيميـة بالقيـام بوظائفـه وواجباته.

- موظفون من كل المستويات يملكون المقدرة والخبرة اللازمة للقيام بوظائفهم بطريقة مقبولة.

- قواعد للتوعية والآداء محددة جيدا و يتوجب على الموظفين التقيد بها.

٩- أهم الأمور التى يؤثر إغفالها أو مخالفتها على صحة تصرف المؤسسة :~

١- عند وجوب أخذ رأى الهيئة مقدما وعندئذ يجب على المؤسسة أن تقوم بذلك قبـل التصرف وإلا كان قرارها معيبا شرعا. بل إن هذا العيب يصلح كأساس للمطالبة بالتعويض.

١٠- صور عيب مخالفة المؤسسة لأخذ رأى الهيئة الشرعية مقدما / مسبقاً :~

- المخالفة المباشرة للنصوص الشرعية.
- الخطأ في تفسير النص الشرعي وفي تأويله.
- الخطأ في تطبيق الحكم الشرعي

١١- الجزاء على مخالفة مبدأ المشروعية (٧٧) :

المخالفة انحراف بالعمل ومفسدة له يترتب عليها فساد التصرف أو بطلانه وعدم الأخذ به وعدم نفاذه.

وهذا كله يتفاوت في جسامته وفي آثاره وفقاً لدرجة المخالفة.

١٢- العقود الإدارية (٧٨)

عرف القضاء الإدارى في مصر العقد الإدارى بأنه العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه بصفتها شخصا معنويا عاما من أشخاص القانون العام ويتصل بنشاط مرفق عام مـن حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصـلحة العامة وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط اسـتثنائية غيـر مألوفة في عقود القانون الخاص.

أنواعها :

منها المسمى ومنها غير المسمى وتحدد طبقا لانطباق شروط العقد الإدارى وأركانـه عليها ومنها :

١- عقد الامتياز (الالتزام).
٢- عقد الأشغال العامة (المقاولة) ويتعلق بعقار وليس بمال منقول.
٣- عقد التوريد ويتميز بأن موضوعه أموال منقولة فقط.
٤- عقد المساهمة في مشروع ذى نفع عام.
٥- عقد النقل .. وغيرها.
٦- عقد القرض.
٧- عقد التوظيف.

وتتميز هذه العقود بالقواعد التي تحكم طرق إبرامها

١٣- خلاصة القول في الرقابة

الرقابة الشرعية على ضوء ما تقدم حق وواجب وسـلطة شـرعية تمارسـها الهيئـة الشرعية كوظيفة مهمة وعنصر أساسى في كل ما تقدم ذلك وهى عملية شاملة للمتابعة المستمرة للآداء في المؤسسة أثناء قيامها بتنفيذ الخطط الموضوعة . وشـاملة كـذلك لتقويم الأعمال ومقارنتها بالمعايير والأهداف الكمية والنوعية والتقديرية الموضـوعة للمؤسسة وتنصب الرقابة على جميع عناصر المؤسسة وترافق العمل من بدايته لتجنب الأخطاء أو اكتشافها قبل وقوعها وهذه هى الوظيفة الوقائية للرقابة فضلا عن وظيفتها العلاجية.

الفرع الثالث

آثار نظام الرقابة الشرعية الفعّال

أولا : الاطمئنان إلى سلامة التطبيق ودعم الثقة في أعمال ونشاطات المؤسسات المالية والإسلامية عن طريق الدور الخطير الذي يجب أن يؤديه تقرير الهيئة الشرعية وما يتضمنه من عناصر جوهرية وأساسية حول نشاط المؤسسة الفعلى ومدى قدرتها على النمو في المستقبل والاستمرار ، وذلك بهدف توفير معلومات تفيد في اتخاذ القرارات الاقتصادية مثل :

- اتخاذ قرار يتعلق بتوقيت شراء أو الاحتفاظ باستثمارات في حقوق الملكية أو بيعها.
- تقييم آداء الإدارة ومدى وفائها بمسئولياتها تجاه المساهمين.
- تقييم درجة الأمان المتعلقة بالأموال المقدمة للمؤسسة.
- تحديد الأرباح القابلة للتوزيع ومقدار توزيعات الأرباح.

ثانيا : إمكانية تطوير الأداء في المؤسسات المالية وتنميط التشغيل :

١- الحاجة إلى تصميم نموذج تشغيلى :~

وذلك يتطلب إعداد نموذج تشغيلى يتضمن الصيغ والأدوات التمويلية والاستثمارية والخدمات المختلفة وإجراءاتها في الممارسة والتشغيل الفعلى.

وكذلك إعداد نموذج تشغيلى للمراجعة والتدقيق الشرعى للعمليات التى تقوم بها المؤسسة المالية والأخذ في الاعتبار ما انتهت إليه أصول وأساليب المراجعة الدولية وبما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ، وعلى وجه الخصوص ما يلى :~

المعوقات والصعوبات العملية والتى تتنوع إلى :~

أ- معوقات ترجع إلى التنظيم وإلى كفاءة جهاز العاملين في المؤسسات المالية الإسلامية.

ب- معوقات ترجع إلى أجهزة الرقابة القائمة.

ج- معوقات ترجع إلى النظام القانونى الذى تعمل المؤسسات المالية الإسلامية في إطاره.

د- معوقات ترجع إلى طبيعة النشاط المالى والاستثمارى ذاته.

هـ- معوقات ترجع إلى الظروف العامة المحيطة محليا ودوليا.

٢- الحاجة إلى تصميم مؤشر إسلامى بديلا عن مؤشر الفائدة الربوية :~

* الواقع العملي وضرورة المؤشر :~

المؤشر أداة قياس معيارية تستخدم في :

- تحديد الأسعار في المعاملات الآجلة.
- وفي قياس تكلفة رأس المال.
- وفي دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية .(Feasibility Study)
- وفي تقويم أداء إدارة الاستثمار.

Measuring Portfolio Performance))

وهكذا تبدو الحاجة الماسة في الواقع العملي إلى أداة معيارية لقياس الأداء والقدرة على التوقع والتنبؤ بما " يستبصرون " من البصيرة والتمكن من التدبر (٧٩) في الأمـور . وللأسف فإن المؤشر السائد اليوم هو مؤشر " الفائدة الربوية ،ويعد الليبور(London Inter-bank Offer Rate) المؤشر المستخدم في اتفاقيات الإقراض قصيرة الأجـل بين بنوك لندن أكثر المؤشرات وأوسعها استخداما ، ويوجد السيبور (Cibor) وهو سعر الفائدة بين البنوك في سوق القاهرة ، والكيبور الكويتي ، وتتخذ هذه المؤشـرات من سعر الفائدة العالمي مرجعا لها.

* مؤشر الربحية هو البديل :~

لا شك أن اعتماد المؤشر يعد أمرا ضروريا لتحديد كفاءة الآداء وقياس نسب نجاحه أو فشله ، والمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أصبحت في حاجة ماسة إلى معيـار

لتقويم كفاءتها وقياس أدائها ، وللأسف الشديد أصبح الاستئناس إن لم يكن الاسـتخدام لمؤشر سعر الفائدة أمرا معتادا في تسعير منتجات المؤسسـات المصـرفية والماليـة الإسلامية وإن كان ذلك لضرورة الواقع العملى واعتبارات السوق التي لا يمكن بحـال تجاهلها ، ولهذا جاءت توصية مجمع الفقه الإسلامى في ندوة مشاكل البنوك الإسلامية ١٤١٣هـ/١٩٩٣م بضرورة الإسراع بإيجاد المؤشر المقبول إسلاميا الذى يكون بديلا عن مراعاة سعر الفائدة الربوي في تحديد هامش الربح في المعاملات.

ولا شك أن هذا المؤشر البديل يقوم على أسس موضوعية وشرعية تتفق مـع مبـادئ الاقتصاد في الإسلام ، وقواعد الصيرفة الإسلامية ، وممارسة المهنة المصرفية وفقـا لأحكام شريعة الإسلام ، ألا وهو مؤشر الربحية لقياس المعاملات الماليـة الآجلـة ، وضرورة استنباط الأحكام التفصيلية التى يعتمد عليها هذا المؤشر الإسلامى المنشود ، وما يستلزمه هذا المؤشر من بناء فنى دقيق ، واستخدام الأساليب الرياضية فيه ، ومـا يستلزمه من إيجاد أسواق للأوراق المالية على مستوى عال من الكفاءة والشفافية.

* مؤشر الفائدة منتقد في ذاته مدمر في آثاره :-

بخاصة وأن مؤشر الفائدة الربوية منتقد في ذاته مدمر في آثاره ، مما جعـل الخبيـر الاقتصادى العالمى آلان بلايندر (Alans Blinder) يدعو إلى إصلاح النظام المالى العالمى الحالى بعد أن فشل فشلا ذريعا في حماية البشر من مخاطره الضـارية ، وأن الانهيارات المالية قد باتت متكررة ومدمرة ومستشرية.

ولا أدل على أن مؤشر الفائدة منتقد في ذاته أنه يحمل عامل فساده في بنائـه ، ومـا يحدثه من خلل نقدى ومالى واقتصادي ، إذ كيف يعاير الثمن نفسه ؟! وهو ما يفهم من كلام ابن تيمية وغيره من أن المقصود من الأثمان أن تكون معيارا للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال ومن ثم لا يجوز أن تستخدم فيما يناقض مقصـودها وهـو الثمنية (٨٠).

ولا أدل على ذلك أيضا أن نظريات سعر الفائدة لدى علماء الاقتصاد الوضـعي منـذ عصر السير سان تومـاس الإكـوينى (٨١) ((Saint Thamas Aquinas ليسـت لتفسير الفائدة ، وإنما لتبريرها . وشتان بين أساس التفسير للفائدة ووسائل تبرير أخـذ الفائدة ، وما قيل بشأنه من أنها – أي الفائدة – ثمـن اسـتعمال النقـود ، أو المنفعـة المتحصلة منها ، أو الانتظار ، أو الفرصـة البديلـة ، أو المخـاطرة ، أو نصـيب المقرض من العائد الذي يحصل عليه المقترض – وهكذا.

ثالثا : انبعاث بلورة الأحكام الفقهية في الخطاب المحلى والعالمى وإبـراز خصـائص المنهج الإسلامى :

١- يتمثل ذلك جليا في ضرورة تنظيم العلاقة بـين المؤسسـات الماليـة الإسـلامية والجهات الرقابية والإشرافية في الدولة (٨٢) مع الأخذ في الاعتبار ما يلى :
- إن المؤسسة الإسلامية لا تعمل بالفوائد المصـرفية الربويـة وتجتنـب سـائر المحظورات الشرعية.
- إن المؤسسات الإسلامية تتقبل الأموال وفقا لمبدأ : " الغرم بالغنم " أو الوكالـة في الاستثمار وفقاً لمبدأ مقابلة العمل بالأجر.
- إن علاقة المؤسسات المالية الإسلامية بأصحاب حسابات الاسـتثمار علاقـة مضاربة أو وكالة.
- إن النشاط المصرفي والمالي للمؤسسات المالية الإسلامية يستند إلـى عقـود شرعية تتطلب ملكية المؤسسات للموجودات لغايات متنوعة.

٢- كل ذلك يتطلب إعمال وسائل وقواعد رقابة وإشراف مناسبة فيما يتعلق بما يلي :~
- الاحتياطي النقدي .
- نسب السيولة.
- نسب كفاية رأس المال.
- سقوف الائتمان.

- تأمين مخاطر الاستثمار.
- المسعف الأخير بالسيولة.

٣- تنظيم العلاقة بين المؤسسات المالية الإسلامية والبنوك التقليدية وفقا لأحكـام ومبادئ الشريعة الإسلامية وخصوصا فيما يتعلق بما يلى :

- الحسابات الجارية لدى البنوك التقليدية.
- انكشاف الحساب لدى البنوك التقليدية.
- كيفية التصرف في الفوائد المصرفية التي تضاف إلى حساب المؤسسات المالية الإسلامية .
- التعاون في عمليات الاستثمار المشترك.
- التمويل المجمع.

رابعا : المساهمة في إحداث تكامل حقيقى وتعاون فعلى بين المؤسسـات الماليـة الإسلامية انطلاقا من وحدة المنهج وتكامله الطبيعى الموضوعى :

وذلك لتوفر عناصر التكامل الذاتى في النظام المصرفى الإسلامى (٨٣) آية ذلك ما يلى :

أ- * خصوصية المنهج المتمثلة في : ترتيب الأولويات وفقا لمقاصـد الشـريعة الإسلامية في كل مكونات العملية الاقتصادية.

* وفي الأحكام الشرعية العملية التفصيلية الضابطة لكافة العمليات المصرفية.

ب- خصوصية المصرفية الإسلامية المتمثلة في أن النقود رؤوس أموال يتّجر بها لا فيها. أى بذاتها فيخرج الصرف هو بيع النقود بغير جنسها يدا بيـد ، ومـا يرتبط بذلك من قاعدة " الغرم بالغنم " وما يترتب عليها من أحكـام تفصـيلية عملية .

ج- التكامل في النموذج الأمثل للمصرفية الإسلامية وحفظ المال كمقصد ضرورى من مقاصد الشرع باتفاق الأمة.

د- المصرفية الإسلامية تتبنى برنامج الإصلاح الاقتصادى القائم على أربع ركائز رئيسة هى:

١- تحفيز الإنتاج أخذاً من قوله تعالى " تزرعون سبع سنين دأبا " .

٢- تشجيع الادخار أخذاً من قوله تعالى " فذروه في سنبله ".

٣- ترشيد الاستهلاك أخذاً من قوله تعالى " إلا قليلا مما تأكلون ".

٤- المدة الزمنية اللازمة والكافية.

وهذا البرنامج الإصلاحى الماكرو Macro Economic يعمل فـي إطـاره الخطـة الإصلاحية الهيكلية المكرو Mecro Economic والتي تقوم على المرتكزات الأساسية الآتية :

١- تصحيح وظيفة النقود إذ النقود رؤوس أموال يتّجر بها لا فيها كما سلف.

٢- تعدد قاعدة الملكية وتنوعها على ضوء الحاجة العملية والمصلحة الاقتصادية.

٣- تعظيم العنصر البشرى والتكافل الاجتماعى وتفعيل دور الزكاة كأساس للإصـلاح الاقتصادى أيضا.

٤- تفعيل آلية العمل المصرفى الإسلامى وأخلاقياته الشرعية وما تقوم عليه من :

- قاعدة " الخراج بالضمان ".
- قاعدة " الغرم بالغنم ".
- مباشرة والتجارة والاستثمار.

فهى مؤسسات مالية مصرفية تحسن إنفاق المال على وجوهه الصـحيحة كمـا أمـر صاحب الشرع في قوله تعالى : آمنوا با ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه " الحديد /٧.

فالإنفاق في المنهج الإسلامى يتنوع إلى أربعة أنواع رئيسة هي :

١- الإنفاق التجاري / الجاري : يقول ا تعالى بعد آيات الربا وآية التداين : " يا أيها الذين آمنوا انفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى يوم لا بيع فيه ولا خُلّة ولا شفاعه والكافرون هم الظالمون " البقرة / ٢٥٤.
٢- الإنفاق الاستثمارى بالمعنى الاصطلاحى بمعنى : إنشـاء مشـروعات جديـدة أو استكمال مشروعات قائمة أو إحلال وتحديث أصول متقاربة. ويتعدى ذلك ليشـمل توظيف الأموال في الأصول المتداولة ولا يتحدد بالمنافع أو المكاسب المادية فقـط فيمكن أن تكون – المنافع معنوية أيضا.
٣- الإنفاق التصدقى بشقيه الفريضة والتطوعى.
٤- الإنفاق الاستهلاكي الرشيد.
٥- خصوصية الأدوات والصيغ التمويلية والمصرفية في ذاتها وقيامها علـى العقـود المشتقة من معانيها وتكاملها فيما بينها.

كل ذلك يفرض تكاملاً طبيعيا وحتميا للمؤسسات المالية الإسلامية والتى إن حادت عنه أو تنكبت جادته تكون قد وقعت في دائرة المسئولية الشرعية بتركها أمـرا ضـروريا يعينها على تحقيق رسالتها وأهدافها الشرعية وهو ما يجب أن تـؤدى فيـه الهيئـات الشرعية دورا حاسما وفعالا وملموسا.

خامسا : الشفافية والمسائلة :~

أ- الشفافية : تؤدى تقارير الهيئة الشرعية دورا غاية في الأهمية يتمثل فـي إمكانيـة الاعتماد أو الوثوق في أعمال ونشاطات المؤسسة المالية وما تقدمه من معلومـات إذا أقرها تقرير الهيئة الشرعية إذ تعتبر هذه المعلومات وبخاصة الماليـة موثوقـة فـي الحالات الآتية :

١- إذا كانت خالية من الأخطاء .

٢- صدق تمثيل الظواهر ، أى أن المعلومات تمثل بصدق العمليات والأحـداث التـى تمثلها وبخاصة التى ينتج عنها أصول وخصوم وحقوق مالية للمنشأة والتى تستوفى معايير التحقق .

٣- تغليب الجوهر على الشكل كى تمثل المعلومات بصدق العمليـات وغيرهـا مـن الأحداث التى تمثلها طبقا لجوهرها وواقعها الاقتصـادى ولـيس طبقـا لشـكلها القانونى.

٤- الحيادية : أى خالية من التحيز .

ب- المسائلة : يؤدى تقرير الهيئة الشرعية دورا بالغ الأهمية في تحقيق المساءلة فـي المؤسسة المالية الإسلامية على أساس ما يلفت الانتباه إليه من عـدم مراعـاة قواعـد الحيطة والحذر في مواجهة حالات عدم التأكد مثل :

- الديون المشكوك فيها.
- عدد حالات المطالبات المتوقع حدوثها عن الكفالات والضمانات.

ومراعاة درجة معقولة من الحذر عند ممارسة السلطات التقديرية بحيث لا يكون هناك مبالغة في :

- تقدير قيم الأصول .
- أو الدخل.
- أو تقدير الخصوم والمصروفات بأقل مما يجب.

وما قد يؤدى إليه ذلك من :

* خلق احتياطات سرية.
* أو مخصصات بأكثر مما يجب.
* أو التخفيض المتعمد للأصول والدخل.
* أو التضخيم المتعمد للأصول والمصروفات.

إذ يؤدى ذلك إلى عدم الحيادية للقوائم المالية وفقدانها لخاصية الوثوق بهـا وإمكانيـة الاعتماد عليها.

سادسا : تقرير الهيئة الشرعية وما يجب أن يوفره من معلومات دقيقة وصحيحة شرعا عن كافة أنشطة المؤسسة المالية مبوبة كما يلى :

أ - الأنشطة التشغيلية الرئيسية المولدة لإيرادات المؤسسة المالية.

ب- الأنشطة الاستثمارية المتعلقة بالحصول على أصول طويلة الأجل بالإضافة إلى الاستثمارات الأخرى .

ج- الأنشطة التمويلية التى ينتج عنها تغييرات في حجم ومكونات حقوق الملكية.

* المستخدمون لتقرير الهيئة الشرعية ودورهم في المسائلة :

١- فئة المستثمرين : ويتركز اهتمامهم بالمخاطر / والعوائد المتعلقة باستثماراتهم ، ومن ثم القدرة على اتخاذ قرار يتعلق بشراء أو الاحتفاظ أو بيع الاستثمارات وتقييم قدرة المنشأة على إجراء توزيعات الأرباح.

٢- فئة العاملين : وتعلقهم بالمعلومات الخاصة بربحية المنشأة واستقرارها وقدرة المنشأة على توفير المكافآت ومنافع التقاعد وفرص التوظيف.

٣- فئة الدائنين التجاريين : ويهتمون بالمعلومات التى تمكنهم من معرفة قدرة المنشأة على سداد ديونها في مواعيدها.

٤- فئة المتعاملين : يهتمون بالمعلومات المتعلقة باستمرارية المنشأة.

٥- الجهات الحكومية : وتهتم بالمعلومات التى توفرها القوائم المالية لاستخدامها في تنظيم أنشطة المنشآت وكأساس للإحصاءات المتعلقة بالدخل القومى وما يمثلها.

٦- الجمهور العام : إذ تقدم المنشأة مساهمة فعالة في الاقتصاد المحلى عن طريق توفير فرص عمل واستبيان اتجاهات أنشطة المنشأة وفرص ازدهارها.

سابعا : دور الهيئة الشرعية في قيادة التغيير في المؤسسات المالية الإسلامية وبلـورة رؤية لإدارة المستقبل :~

إن الحاجة إلى التغيير في حدها الأدنى مرتبطة بالخوف من الفشل سواء تمثـل ذلـك التغيير في:

* إعادة هندسة نظم العمل (الهندرة) أو إعادة هيكلة المؤسسة.
* أو تمثل في برنامج طموح ومستمر للجودة والإتقان .
* أو تمثل في برنامج تجديد ثقافة المؤسسة.

وبذلك تتمكن المؤسسة من تحديد رؤية لإدارة المستقبل ، ويتم ذلك بوضـع المبـادئ الشرعية للتغيير وتوصيل رؤية التغيير للآخرين بكل طرق الاتصـال الجـادة ، ومـا يتطلبه التغيير من :

١- تعاون بين كافة الوظائف المختلفة في الهيكل التنظيمى.
٢- بلورة المهارات الشرعية وإكسابها للعاملين في المؤسسة عن طريق التدريب.
٣- إن النتائج التى يحتويها تقرير الهيئة الشرعية وما يقوم عليه من المعلومات المالية والإدارية تمّكن المؤسسة المالية من تحسين آدائها في مجالات :

- التخطيط .
- الرقابة .
- اتخاذ القرار .
- تقييم نتائج كفاءة الإدارة في القيام بواجباتها .
- تقييم الأنشطة الاستثمارية والتمويلية والتشغيلية .

وتتم عملية التقييم باعتماد مجموعة من المعايير هى :

أ - المعيار المالي : معيار العائد على الاستثمار ومعيار القيمة المضافة.
ب - معيار التسويق : يعكس نصيب المؤسسة مـن السـوق ودرجـة رضـا المتعاملين معها.
ج _ معيار الأداء : يعكس الجودة وتكاليف التشغيل ودرجة التطوير والابتكار وتكيف العاملين وفعاليتهم ويعتمد ذلك على المستوى التعليمى ومسـتوى الخبرة ودرجة الابتكار وأساليب الإدارة.

د - معيار النمو :

وفي تصوير عام إن المؤسسة تعتمد على الموارد فما هى ؟ ومن أين تأتى ؟ كما تعتمد على استخدام هذه الموارد فكيف يتم ذلك باستخدام معيار الآداء بأبعاده المتعددة والمتنوعة ، والمعيار الشرعى معيار مشترك ومشتبك مع كل المعايير التي تقوم عليها الموارد المالية والاستخدامات بما تشتمل عليه من معيار الآداء ومما يتضمنه من إدارة الموارد البشرية.

{ ملحق }

مقترح محتويات مشروع منهجية تقنين أعمال الهيئة الشرعية

المسائل الجوهرية التي يجب أن تتناولها نصوص ذلك التقنين ما يلي :

- اسم الهيئة الشرعية مشتق من طبيعة عملها.
- تعريف الهيئة الشرعية ومعناها
- أهمية الهيئة الشرعية وضرورة وجودها.
- أساس وجود الهيئة الشرعية.
- مصادر مشروعية الهيئة الشرعية.
- الهيكل التنظيمى للهيئة الشرعية على ألا تقل شأناً عن أى إدارة أخرى في المؤسسة المالية من النواحى الإدارية والتنظيمية والفنية.
- وضع الهيئة في الهيكل التنظيمى للمؤسسة: (مجلس الإدارة - الهيئة الشرعية-الجمعية العمومية).
- تشكيل الهيئة الشرعية :
  - عدد أعضائها على آلا يقل عن ثلاثة ومبررات ذلك.
  - الشروط والمواصفات الخاصة في الأعضاء لمزاولتهم لأعمالهم وتأهيلهم باستمرار.
  - طريقة تعيين / اختيار أعضاء الهيئة و تحديد مدة عملهم ومكافأتهم وعزلهم

- تحديد طبيعة عمل الهيـئة الشـرعية وعلاقتها بالمؤسسـة [تعاقدية (عقد عمل – عقد وكالة – عقد ايجـار)- تنظيمية ولائية].
- منهجية الهيـئة الشـرعية في العمـل عموما وبالذات حيال المسـائل الخلافية.
- استقلالية الهيـئة الشـرعية تنظيمياً وإدارياً وفنيا :
  - الهيـئة الشـرعية جهاز مستحدث متفرد في عمـله.
  - ضمانات استقلالية الهيـئة الشـرعية.

- اختصاصات الهيـئة الشـرعية:
  - الإفتاء وما يفتى فيه.
  - الزامية الفتوى وأسانيده .
  - أهمية الرقـابة في المؤسسـات المالية وإلزاميتها .
- الرقـابة الشـرعية وتميزها عن الرقـابة القـضائية والإدارية :
  - المقصود بالرقـابة الشـرعية:

  حق شرعي يخول الهيئة سلطة ممارسة واجبات وظيفية.
  - مشتملاتها (الفحص – إصدار القـرارات – إبـداء الـرأي – المتابعـة والمراجعة – وضع النمـاذج – قياس الآداء والتقييم......إلخ).

  - الأجهـزة المعاونة في الرقـابة الشـرعية.
  - خصـائص الرقـابة الشـرعية.
  - اختصـاصات الرقـابة الشـرعية.
  - وسـائل الرقـابة الشـرعية وأدواتـها.
  - معايير الرقـابة الشـرعية وشمولـها للمراجعة والتدقيق الشـرعى.
  - أنواع الرقـابة التي تمـارسها الهيئة الشـرعية ومستوياتـها وأجهزتهـا المعاونة..
    - تحديد معنى كل نوع.
    - نطـاق كل نوع.

- صور عيب مخالفة المؤسسة لأخذ رأى الهيئة الشرعية مقدماً/ مسبقاً .
- الجزاء على مخالفة مبدأ المشروعية.
- مصادر مبدأ المشروعية في عمل الهيئة الشرعية.
- قواعد تحديد المخالفات الشرعية :
• ما كان من الأعمال والتصرفات مخالفاً لأحكام الشريعة بصورة قطعية وجازمة لا تحتمل التأويل.

سواء كانت المخالفة فيه بالنص على مشروعية إتيانه, أو كانت المخالفة فيه بترك النص على حظره أو فعله بحيث يلزم من ذلك الترك مخالفة شرعية صريحة.

• ما كان من الأعمال والتصرفات المخالفة لأحكام الشريعة في نظر أحد الفقهاء أو بعضهم أو جمهورهم وهو ما يسمى بالمسائل الخلافية التي تتفاوت فيها الإجتهادات وتتباين الأنظار الفقهية بين موسع ومضيق ومشدد ومخفف وآخذ بالعزيمة ومرخص, وما قد يتبع بشأنها من التخّير بين آراء الفقهاء في غير تلفيق أو تتبع للرخص وما يستلزمه ذلك من ضوابط شرعية من أهمها :
- أن لا يكون القول بالجواز من الآراء الشاذة المهجورة.
- أن لا يعارض أصلاً ولا يكون مخالفاً لمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية المتفق عليها مثل(مراعاة تغير الأعراف فيما بنى من الأحكام الشرعية عليها . لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)
- أن يحقق الجواز مصلحة شرعية معتبرة شرعاً.
• أما القضايا المستجدة التي لا نص فيها للفقهاء السابقين في بيان حكمها فهذه يصدر اجتهاد جماعى في شأنها بالإقرار أو الإلغاء أو التعديل.
- لائحة الهيئة الشرعية :
• اجتماعاتها وإدارة جلساتها ومسئوليات رئيسها.
• القواعد التي تحكم جدول أعمال الاجتماع وإجراءاته.

- طريقة التصويت وأخذ القـرارات بين أعضـاء الهيئة ونهجها في العمل.

- أمانة الهيئة الشـرعية واختصاصاتها.
- تقـرير الهيئة الشـرعية ومحتوياته ومواعيده والجهات التي يقدم لـها.
- حضور اجتماعات مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمسـاهمين.
- حق طلب إدراج أي موضوع في جدول اجتماع الجمعية العمومية.
- ضرورة عرض القرارات الاستثمارية والتشغيلية على الهيئة الشـرعية قبل دخولـها مرحلة التنفيذ العملي.

- قواعد حسم الاختلافات بين أعضـاء الهيئة.
- قواعد منهجية التعامل مع المخـالفات الشـرعية :(منهجية التـرجيح – منهجيـة التخّير.....إلخ).
- مسـئولية الهيئة الشـرعية عن تصرفاتـها : (المسـئولية الإدارية – المسـئولية القضائية).
- دور الهيئة الشـرعية في قيادة التغيير داخل المؤسسـة وتطـوير الأداء وتنمـيط التشغيل وعلى وجه الخصوص:
  - التدريب اللازم للعـاملين.
  - الإجابة على تسـاؤلات و استفسارات المتعـاملين مع المؤسسـة.
  - عقد الملتقيـات والندوات.
- آثار نظـام الرقـابة الشـرعية الفعّـال تمثل واجبات نظامية أو قانونية .
- يجب أن يحققها التقنين المنشود مثل :
  - سلامة التطبيق ودعم الثقة في المؤسسات المالية ونشاطاتها .
  - تصميم نموذج تشغيلي .
  - تذليل العقبات والصعوبات العملية المختلفة .
  - بلورة الأحكام الفقهية بصورة تخدم الممارسة العملية وبالذات فيما يتعلق بالمسائل المستجدة والمستحدثة في عمل المؤسسات المالية .
  - بلورة النموذج الأمثل للمصرفية الإسلامية .

- إبراز ملامح برنامج الإصلاح الاقتصادي الشرعي .
- تحقيق الشفافية والمصداقية .
- تحديد أسس المسئولية الشرعية على مستوى الهيئة الشرعية وعلى مستوى المؤسسة المالية .
- الإسهام في إحداث تغيير حقيقي وتحديد محاوره وأولوياتة .

الهوامش:

١- د.عبد المنعم الصدة –نظرية العقد في الشريعة و القانون الوضعي ، ص ٣٣ ، طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠
٢- انظر أيضا التعريفات للجرجاني- ص ١٧١
٣- المدخل للفقه الإسلامي- ص ٥٧ – في هذا المعنى أيضا المرحوم علي حسـن عبد القادر- نظرة عامة في تاريخ التشريع الإسلامي .
٤- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتـب و الفنـون – إسماعيل باشا محمد أمين بن مير سليم الياباني البغدادي
٥- كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون ج٢-ص ١٣١٠- مصطفى بن عبد ا الشهير بحاجي خليفة – منشورات مكتبة المثنى – بغداد
٦- متوفى سنة ٥٠٥ ه – ج٢٨/١ ط-دار الفكر بيروت .
٧- مشار إليه في معين الحكام للطرابلسي ص ١٧٦ ، و ما بعدها.
٨- انظر إبراهيم بدر شهاب – معجم مصطلحات الإدارة العامـة – ص ٣١٩ ط دار البشير – مؤسسة الرسالة – بيروت
٩- حرف القاف مع النون ج ٢ – ص ٧٩٣
١٠- ص٦٥٦
١١- ص ١٧١ –دار الكتب العلمية – بيروت
١٢- د. يوسف القرضاوي – مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – ط مكتبة وهبة – ص ٢٩١
١٣- د. وهبة الزحيلي – جهود تقنين الفقـه الإسـلامي ص ٢٦ – ط. مؤسسـة الرسالة – بيروت
١٤- الوجيز في القانون الإداري – د. إعاد حمود القيسي ص ٣٣ ط ١٩٩٨
١٥- تبصرة الحكام – ج ١ – ص ٥٦ ، و ما بعدها
١٦- نصت عليها م ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية – السيوطي في الأشباه و النظائر ص ١٢١ – الزركشي – المنثور في القواعد ج ٣٠٩/١

١٧- الخراج لأبي يوسف ص ٣٦.

١٨- ج5 /٢٥٥-٢٥٦.

١٩- الفروق ٢٠٦/٣.

٢٠- انظر في هذا المعنى إعلام الموقعين ٨٧/١.

٢١- ص ٦٣ .

٢٢- انظر ابن عابدين في حاشيته ج ١ ص ٥٩٢ باب الاستسقاء – د. محمد زكي عبد البر – تقنين الفقه الإسلامي – ص ٧٢.

٢٣- انظر الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمـام – ص ٤ – ٥ .

٢٤- انظر د. محمد زكي عبد البر – مرجع سابق – ص ٧٥

٢٥- من المواساة و هي التسوية و العدل .

٢٦- انظر في تفصيل القول في هذه الرسالة – د . ناصر بن عقيـل الطريفـي – القضاء في عهد عمر بن الخطاب ، رسالة دكتوراه من كليـة الشـريعة فـي الرياض – جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٠٤ ه .

٢٧- إعلام الموقعين ج١ – ص ٩٥ .

٢٨- سورة ص /٤٥ .

٢٩- الحيف هو الظلم و الجور و الميل من العدل إلى الظلم من أجل أحد الخصمين لشرفه أو لاعتبار آخر .

٣٠- من نص الرسالة الذي أورده القاضي وكيع بن محمد بن خلـف بـن حيـان المتوفى سنة ٣٠٦ ه أي متقدم على غيره و أنها لم تكن من الحفـظ و إنمـا كانت مكتوبة (وجادة) – أخبار القضاة ج١ ص ٧٠ و ما بعدها – ط الأولى

٣١- رد المحتار على الدر المختار ٦٩٢/٣.

٣٢- رد المحتار على الدر المختار ج ٤٠٨/٥ .

٣٣- تبصرة الحكام ج ٥٧/١ ، و ما بعدها .

٣٤- الأحكام السلطانية ص ٦٧-٦٨.

٣٥- كشاف القناع ٣٠٧/٦ .

٣٦- مشار إليه في د. عبد الرحمن القاسم – الإسلام و تقنين الأحكام ص ٢٣-٢٤ – د. محمد زكي عبد البر ، مرجع سابق ص ٥٧

٣٧- مشار إليه في د. عبد الرحمن القاسم – المرجع السابق – محمد أبو زهـرة – العقوبة في الفقه الإسلامي ص ٨٤-٨٥

٣٨- محمد علي كرد – رسائل البلغاء – ص ١٢٥- ١٢٦

٣٩- ابن قتيبة – الإمامة و السياسة ١٤٨/٢ ، و ما بعدها

٤٠- الميزان للشعراني ٣٠/١ – مشار إليه في د. يوسف القرضاوي ، مرجع سابق –ص ٢٧٤

٤١- ويعلل د. يوسف القرضاوي بقوله : و لعل العرض تكرر من الخليفتين.

٤٢- الآية ١٧ من الإصحاح ١٢ و أيضا متّى : ٢٢ : ٢١

٤٣- الآيات ١٣-١٥ من الإصحاح ١٢ .

٤٤- تنص المادة الرابعة على ان : تتمثل أهداف مجلس التعاون الأساسية فيما يلي : ٣- وضع أنظمة متماثلة في مختلف الميادين بما في ذلك الشئون الآتيـة (د) الشئون التشريعية و الإدارية.

٤٥- في ربيع الأول ١٤٠١ ه –يناير ١٩٨١ م أصدر مؤتمر القمة الإسلامي الثالث الذي انقد في مكة المكرمة القرار رقم ٣١٨ بإنشاء مجمع يسمى مجمع الفقـه الإسلامي يكون أعضاؤه من الفقهاء و العلماء و المفكرين في شتى مجـالات المعرفة من فقهية و ثقافية و اقتصادية في أنحاء العـالم الإسـلامي لدراسـة مشكلات الحياة المعاصرة و الاجتهاد فيها اجتهادا أصيلا فاعلا بهـدف تقـديم الحلول النابعة من التراث الإسلامي و المنفتحة على تطور الفكـر الإسـلامي لتلك المشكلات.

٤٦- نعتبر هذا الفصل والذي يليه بمثابة المحتوى الذي يجب أن يتضمنه ويشـتمل عليه مشروع تقنين أعمال الهيئة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية .

٤٧- الاستثمار و الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية و الإسـلامية – د. عبـد الحميد البعلي – ط مكتبة وهبة – القاهرة

٤٨- رواه الطبراني في الأوسط ورجاله موثوقون من أهل الصحيح – مجمع الزوائد ١٧٨/١ .

٤٩- رواه مسلم – لفظ جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٣١٩ رقم ٣٤ ط دار المعرفة – بيروت .

٥٠- كان لي رأي سابق تبنيته في كتابي الاستثمار و الرقابة الشرعية ص ٢٧٠ مؤداه أن يأتي اختيار أعضاء الهيئة الشرعية على وجه الخصوص بالانتخاب الحر المباشر من قبل الجمعية العمومية دون أن يكون لأي مساهم سوى صوت واحد بصرف النظر عن عدد أسهمه و إن جاز القول بغير ذلك في غير ذلك الأمور و ذلك بالنسبة للهيئة فقط كنوع ضمانة شرعية قوية في اختيار أعضائها.

٥١- الاستثمار و الرقابة الشرعية ص ٢٦٩ ط مكتبة وهبة – القاهرة

٥٢- انظر في مبررات تحديد هذا العدد كتابنا الاستثمار و الرقابة الشرعية ص ٢١٨-٢١٩.

٥٣- إعلام الموقين ٢٦٦/٤ بتحقيق محي الدين عبد الحميد . ط المكتبة العصرية – بيروت .

٥٤- معايير المحاسبة و المراجعة و الضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ط ١٤٢٢ ه –٢٠٠١ م – هيئة المحاسبة – مرجع سابق.

٥٥- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ج ٤ –ص ٨.

٥٦- انظر أيضا قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج١ ص١٠،١١ بمراجعة طه عبد الرؤوف سعد ط أم القرى للطباعة و النشر – القاهرة .

٥٧- المرجع السابق ص ٢٠.

٥٨- شرح منتهى الإرادات ٤٥٦/٣ ط أنصار السنة – القاهرة

٥٩- أدب المفتي و المستفتي لابن الصلاح ص ١٠٦ بتحقيق د.موفق عبد القادر ط عالم الكتب – بيروت .

٦٠- الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٢ ص ٢٢.

٦١- أخرجه الترمذي (٢٩/٥) من حديث أبي هريرة و قال : حديث حسن صحيح
٦٢- الموافقات للشاطبي ٣١٣/٤
٦٣- أدب المفتي و المستفتي لابن صلاح – مرجع سابق
٦٤- قاله أبو المظفر السمعاني – رحمه ا – و أورده ابن الصلاح – مرجع سابق ص ١٦٦ و ما بعدها .
٦٥- الفقيه و المتفقه ص ١٥٦،١٨٢ – دار الكتب العلمية – بيروت .
٦٦- الفقيه و المتفقه ص ١٥٦،١٨٢ – دار الكتب العلمية – بيروت .
٦٧- أيضا المجموع للنووي ٥٦/١
٦٨- شرح المنتهى ٤٥٨/٣ – البحر المحيط ٣١٦/٦
٦٩- البحر المحيط ٣١٦/٦ – انظر أيضا الموسوعة الفقهية الكويتية ج٣٢ ص٥٠
٧٠- الفروق للقرافي ٤٨/٤ ، ٥٤ .
٧١- الموافقات للشاطبي ٨٩/٤-٩٥
٧٢- عند كتابة كتابنا الاستثمار و الرقابة الشرعية لأول مرة منذ زمن ليس بالقليل حيث كان يدرّس في المعهد الدولي للبنوك و الاقتصاد الإسلامي بجمهورية قبرص التركية قبل طباعته كتابا وضعنا الرقابة الشرعية كعنوان و لكننا اقتصرنا في الشرح على الفتوى و المتابعة الشرعية و عللنا ذلك بأسباب منها أن الرقابة من الرؤية اللاحقة للعمل بعد التطبيق ثم التنفيذ لفتاوى الهيئة الشرعية و اعتبرنا المتابعة جوهر عملية الرقابة –ص ٢١٤-٢١٥-٢١٨ واليوم نتحدث عن الرقابة مباشرة بعد أن اشتد عود المؤسسات المالية الإسلامية و ذاع انتشارها و ما يستوجبه ذلك من استقلاليتها بكل ما يتطلبه ذلك الاستقلال من أمور سنسردها في هذا البحث .
٧٣- معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٢٧/٢ – لسان العرب لابن منظور ٢٧٩/٥ تاج العروس للزبيدي ٥١٥/٢ مختار الصحاح للفيومي ص ٢٢١ القاموس المحيط للفيروزآبادي ٧٤/١-٧٥ المعجم الوسيط ٣٦٣/١ التعريفات للجرجاني – مشار إليها في بحث رياض الخليفي الرقابة الشرعية ص١ .

٧٤- انظر في التعريفات المختلفة : كتابي الاستثمار و الرقابة الشـرعية ص ٢١٣ و كتابي المدخل لفقه البنوك الإسلامية ص ١٥٣ ط المعهد الـدولي للبنـوك والاقتصاد الإسلامي – فارس أبو معمر – أثر الرقابة الشرعية و اسـتقلاليتها على معاملات البنك الإسـلامي ص ٤ .- معـايير المحاسـبة و المراجعـة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية سنة ١٤٢٢هـ – المراجعة ص ١٥ و ما بعدها – د. محمد عبد الحكيم زعير – دور الرقابـة الشـرعية فـي تطـوير الأعمال المصرفية ج١ ص ٤٤ – محمد أبو شادي –دور البنوك الإسلامية في تحقيق التنمية الاقتصادية –دراسة تحليلية ص ٦٢٧ – د. عبد الستار أبو غـدة في بحثه ص ٤٤ – د. عوف الكفراوي – النقود و المصـارف فـي النظـام الإسلامي ص ٣٢٧ و ما بعدها – ط دار الجامعات المصرية – د. السيد خليل هيكل – الرقابة على المؤسسات العامة الإنتاجية و الاستهلاكية ص ١٧٢ و ما بعدها ط منشأة المعارف سنة ١٩٧٠ م

٧٥- د. عبد الكريم درويش و ليلى تكلا – أصول الإدارة العامة ص ٥٠٨- مكتبة الانجلو المصرية.

٧٦- محمود عساف – أصول الإدارة – مكتبة لطفي ص ٥٥٨

٧٧- و المشروعية تعني أن كل تصرف أو نظام يجب أن يكون مؤسسا على مبادئ الشريعة الإسلامية محققا لأهدافها و مبادئها – انظر د. توفيق الشاوي في فقـه الشورى و الاستشارة ص ٤٦٦ ط دار الوفاء – المنصورة سـنة ١٤١٢هـ- د. احمد صديق عبد الرحمن – البيعة في النظام السياسي الإسلامي و تطبيقاتهـا في الحياة السياسية المعاصرة ص ١٢٠ ط مكتبة وهبة – القاهرة سنة ١٤٠٨ هـ – د. محمد طاهر عبد الوهاب في الرقابـة الإداريـة فـي النظـام الإداري الإسلامي ص ٢١٨ – د. منير حميد البياتي في الدولـة القانونيـة و النظـام السياسي الإسلامي دراسة دستورية شرعية و قانونية مقارنة ص ١٤٥ بغداد – الدار العربية للطباعة سـنة ١٣٩٩ هـ و يقـول د. كايـد يوسـف قرعـوس المشروعية أو الشرعية في النظام الإسلامي كلمتان بمعنى واحـد يـنم عـن ضرورة الخضوع للأحكام و المبادئ الشرعية بحيث ينشأ نمط من المطابقـة

بين التصرف و بين هذه الأحكام و المبادئ – انظر نهاية ولاية الحكـام فـي الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية ص ٦٨ ط مؤسسة الرسالة بيروت سنة ١٤٠٧ .

٧٨- لقد آثرت ذكر هذا النوع من العقود الذي لم نلاحظ دخول المؤسسات الماليـة الإسلامية فيها كثيرا على الرغم من أهميتها العملية الكبرى و كـذلك أهميتهـا الفقهية كي يتوفر الفقهاء على دراسة هذا النوع المتميز من العقود إذا تعاملـت بها المؤسسات المالية الإسلامية.

٧٩- هذا المعنى مأخوذ من قوله تعالى " وكانوا مستبصرين " العنكبوت / ٣٨ قال بن عباس ومجاهد والضحاك معناه لهم بصيرة ٠٠٠ وقيـل لهـم بصـيرة أن الرسالات حق والآيات حق ولكنهم مع ذلك يكفرون عناداً – أنظر تفسير ابـن عطية ح ١١ ص ٣٩٠ ط قطر .

٨٠- أنظر في هذا المعنى الفتاوى لابن تيمية ح ٢٩ / ٤٧١ ، ٤٧٢ وج ١٩ /٢٥١ – ٢٥٢ .

٨١- ولد عام ١٢٢٥ م و توفي عام ١٢٧٤ في ايطاليا و تلقى جزءا من تعليمه في باريس و كان من ابرز من كانوا يمثلون فكر المدرسيين Scholastics مـن رجال الكنيسة الكاثوليكية الذين كانوا يدرسون الفلسفة و القانون في أوروبا منذ بداية النصف الثاني من العصور الوسطى و لكنهم ينتهجون منهجا فكريا خاصا يغلب عليه الطابع الديني بما في ذلك النشاط و الفكر الاقتصـادي – انظـر د. حسين عمر – تطور الفكر الاقتصادي ج١ ص ٦٨ .

٨٢- أنظر بحثنا في هذا الموضوع المقدم لهيئـة المحاسـبة للمؤسسـات الماليـة الإسلامية .

٨٣- أنظر بحثنا في تكامل النظام المصرفي الإسلامي المقـدم للملتقـى الإسـلامي الخامس الذي عقدته الأكاديمية العربية لعلوم المالية والمصـرفية فـي عمـان سبتمبر ٢٠٠٢ م .